




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

Begründet durch Dr. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. Bar, Göttingen, **Bergmann,** Oberlandesgerichtsrat, Geh. Justizrat, Celle, **Prof. Dr. Birkmeyer,** München, **Prof. Dr. v. Calker,** Straßburg i. E.,

Dr. Dorner, Landgerichtspräsident, Karlsruhe, **Prof. Dr. Finger,** Halle, **Dr. Thomas Givanovitsch,** Professor, Belgrad, **Prof. Dr. Gretener,** Breslau,

Prof. Dr. Güterbock, Königsberg i. Pr., **Prof. Dr. Heilborn,** Breslau, **Dr. Hübsch,** Ministerialdirektor, Karlsruhe, **Prof. D. Dr. Kahl,** Berlin, **Luigi Lucchini,** Rom,

Prof. Dr. Oetker, Würzburg, **Olbricht,** Erster Staatsanwalt, Lüneburg, **Dr. Olshausen,** Senatspräsident am Reichsgericht, Leipzig, **Prof. Le Poittevin,** Paris,

Rotering, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, **Prof. Saleilles,** Paris, **Spangenberg,** Oberverwaltungsgerichtsrat, Berlin, **Stubenrauch,** Kammergerichtsrat, Berlin, **Prof. Dr. Vierhaus,** Oberlandesgerichts-Präsident, Breslau.

Dr. Vogt, Staatsanwalt, Colmar, **Prof. Dr. Wach,** Leipzig, **Prof. Dr. Wachenfeld,** Rostock,

unter ständiger Mitarbeiterschaft

von

Dr. Zweigert, Oberreichsanwalt, Leipzig, **Prof. Dr. James Goldschmidt,** Berlin, **Dr. Klee,** Staatsanwalt, Privatdozent, Berlin,

herausgegeben von

Prof. Dr. J. KOHLER,
Geheim. Justizrat,
Berlin.

57. Band.



BERLIN 1910.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Inhalts-Verzeichnis.

A. Abhandlungen.

B. Miszellen.

C. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

D. Gesetzgebung.

E. Aus der Praxis.

Übersicht über die Stellen in deutschen Gesetzen, Verordnungen usw., auf die sich die mitgeteilten Entscheidungen des Reichsgerichts, des preußischen Oberverwaltungsgerichts und der Oberlandesgerichte beziehen.

(Die Entscheidungen des Kammergerichts sind mit „KG.", die der anderen Oberlandesgerichte mit dem Sitze des Gerichts bezeichnet. Die übrigen Entscheidungen sind bis auf eine als solche bezeichnete Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts Entscheidungen des Reichsgerichts.)

I. Deutsches Reich.

1. Strafgesetzbuch.

II. Preußen.

III. Sachsen.

IV. Hessen.

V. Elsaß-Lothringen.

F. Literatur.

Besprechungen von Josef Kohler.

I. Strafrecht.



II. Strafprozeß.

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

Studien zum österreichischen Polizeistrafrecht.

Von Dr. Otto Hatschek, k. k. Richter.

§ 1. Einleitung: Die wissenschaftliche Behandlung des österr. Polizeistrafrechts.

Dem unbefangenen Einblick in die dem österreichischen Strafgesetz gewidmete Literatur wird nicht entgehen, daß der Epoche fruchtbarsten Schaffens und reichen wissenschaftlichen Lebens seit geraumer Zeit eine Periode gefolgt ist, in der die Wissenschaft auf den Ruhm der Förderung des Verständnisses und der Fortbildung der lex lata schlechterdings verzichtet. Die immer wieder in den Vordergrund gesetzgeberischer Reformpläne gerückte Neugestaltung des österr. Strafrechts, die seit nahezu 100 Jahren die Geister in Spannung erhält, hat es mit sich gebracht, daß sich das Interesse der österreichischen Strafrechtswissenschaft in auffallender und der Rechtspflege durchaus abträglicher Weise von dem geltenden Rechte ganz abgewandt hat. Dem jugendfrischen Pulsschlag der Praxis allein, der alle Adern des schon seit Jahr und Tag der Agonie verfallenen österr. Strafgesetzes durchdringt, ist es zu danken, daß mitunter noch neues Leben aus den Ruinen blüht, und der Sinn für Recht und Gesetzlichkeit seine Wurzeln nicht eingebüßt hat.

Der Wissenschaft jedoch kann der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß sie, dem Ideal einer bessern Zeit entgegensehend, sich dem geltenden Rechtszustand gegenüber in einer reservierten Haltung gefällt, die die Strafrechtspflege Österreichs um ihren lebendigen Zusammenhang mit den Fortschritten der Rechtswissenschaft der übrigen Kulturstaaten, vor allem des Deutschen Reiches gebracht hat. In dumpfer Resignation webt sie unverdrossen an dem Totenkleide und hat schon längst darauf verzichtet, dem siechen Gesetzeskörper belebenden Odem einzuhauchen.

Hart ist dieses Schicksal, dem nicht allein das gemeine Strafrecht seinen stagnierenden Zustand zu verdanken hat, sondern dem auch zur Last fällt, daß sich die modernen Hilfswissenschaften des Strafrechts bis auf die Gegenwart einen rein doktrinären Charakter erhalten mußten und noch immer nicht der Rüstkammer der Praxis einverleibt sind, obgleich unser geltendes Strafgesetz nicht unansehnliche Ansätze zur Verwirklichung der wesentlichsten Forderungen der modernen Kriminalpolitik aufweist und, über den Geist seiner Zeit hinausragend, schon eine wertvolle Fülle kriminalpsychologischer Details darbietet.[1])

---

[1]) Nur andeutungsweise, unter dem Vorbehalt ausführlicher Darstellung, sei an diesem Orte auf das wissenschaftlicher Betrachtung unseres Wissens bisher nicht unterzogene Kapitel des österr. Strafgesetzes v. 27. Mai 1852 Nr. 117 RGBl. über die erschwerenden und mildernden Umstände (§§ 43 ff., 263 ff.) hingewiesen,

Vollends verhängnisvoll ist dieser fortdauernde Schwebezustand in der Legislation dem österr. Polizeistrafrecht geworden, das sich bis heute zur wissenschaftlichen Anerkennung überhaupt noch nicht durchgerungen hat. Jahrzehntelang bildet es ein stehendes Stück in der Geschichte der gesetzgeberischen Reformprojekte, und der bisher unbestritten gebliebene Zusammenhang dieser Disziplin mit dem allgemeinen Strafrecht hat deren Wechselwirkung so innig gestaltet, daß die gegenseitige Abhängigkeit der Reformmaßnahmen auf beiden Gebieten schlechthin als unverrückbares Axiom gilt.

Die Lockerung dieses vermeintlich unlösbaren Zusammenhangs fällt den Aufgaben der Wissenschaft zu. Und doch hat die auf österr. Boden erwachsene Strafrechtsliteratur das Gebiet des Polizeistrafrechts seit jeher als chose négligeable außerhalb des Rahmens ihrer wissenschaftlichen Betrachtungen belassen und, dem Satze: minima non curat praetor huldigend, auf dessen wissenschaftliche Läuterung schlechterdings verzichtet.

Mit dem für die ältere Praxis sehr wertvoll gewesenen Versuch Lienbachers,[2]) das durch zahllose Gesetze und Verordnungen der verschiedensten Zeitepochen geregelte österr. Polizeistrafrecht systematisch und zwar in der Form des allgemeinen Strafgesetzes zusammenzustellen, hat dessen literarische Bearbeitung im großen Ganzen abgeschlossen.

In seiner planmäßigen Selbstbeschränkung auf rein systematische Gliederung der Materie hat jedoch auch Lienbacher in dem Bestreben, dem rein praktischen Bedürfnis der Kenntnis der bestehenden Polizeivorschriften zu dienen, auf höhere Wertung seines Werkes aus dem Gesichtspunkt der Förderung des wissenschaftlichen Verständnisses des Polizeistrafrechts keinen Anspruch erhoben.

Doch unvergessen bleibt Lienbachers Wirksamkeit in den parlamentarischen Vertretungskörpern, soweit sie darauf abgezielt hat, eine umfassende und gründliche Reform des Polizeistrafrechts im Einklang mit dem Geiste und den Grundsätzen des Rechtsstaates anzubahnen. Darin liegen die größten Verdienste seiner Bestrebungen.

In demselben Gedankenkreis bewegen sich auch die von seiner scharfen Feder herrührenden vorzüglichen Aufsätze in der von ihm begründeten Zeitschrift „Öffentliche Sicherheit", die durch die Fülle des aus der Praxis gewonnenen Materials und vor allem durch die Sammlung oberstbehördlicher Entscheidungen in Polizeistrafsachen dazu bestimmt schien, sich zu einem der Theorie wie der Praxis gleich unentbehrlichen Hilfsmittel zur Lösung der allenthalben hervortretenden Probleme zu gestalten.[3])

Mit unschätzbarem Freimut hat Lienbacher hier wiederholt auf den unverträglichen Gegensatz des geltenden Polizeistrafrechts zu dem

---

dessen Nutzanwendung im Sinne einer individualisierenden Einwirkung auf den Täter dadurch gesichert ist, daß das Gesetz die Berücksichtigung der im einzelnen Falle in Erscheinung tretenden Erschwerungs- und Milderungsumstände dem Richter zur unbedingten Pflicht macht (§§ 48, 265 StGB., s. auch § 270 Z. 7 d. Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 Nr. 119 RGBl.), über die sich die österr. Strafrechtspraxis auch nicht hinwegzusetzen pflegt. Anders im Deutschen Reiche trotz § 266 StPO., wie Medem, Das Problem der Strafzumessung, Gerichtssaal, XL, S. 170, Anm. 2 hervorhebt.

[2]) Das österr. Polizeistrafrecht, 4. Aufl. 1880.

[3]) Leider hört jedoch deren Erscheinen mit dem Jahre 1874 auf.

Begriff und den Institutionen eines Rechtsstaates hingewiesen. Daß er hiebei dem drängenden Geiste der fortschreitenden Entwicklung nur durch die Forderung nach einer umfassenden und systematischen Kodifizierung des Polizeistrafrechts nach der Art der süddeutschen Polizeistrafgesetzbücher Rechnung tragen zu können glaubte, darf bei dem Rechtsstaatseifer jener Zeit, der das Wirken Lienbachers angehört, nicht wundernehmen.[4])

Im übrigen ist Lienbacher mit bemerkenswertem Eifer für eine durchgreifende Ordnung des polizeilichen Gebots- und Verbotsrechtes und eine den Staatsgrundgesetzen angepaßte Regelung des Strafverfahrens in Polizeiübertretungsfällen eingetreten, ohne daß es jedoch diese Forderungen, deren Realisierung einem tief empfundenen Bedürfnis des Rechtslebens entgegenkommen sollte, bis auf die Gegenwart über das Stadium der pia desideria hinausgebracht hätten.

Die folgende und namentlich die neueste Zeit hat es wohl nicht an äußerst wertvollen Beiträgen zur wissenschaftlichen Behandlung des österr. Polizeistrafrechts fehlen lassen. Allein nur ungern vermißt man in ihnen den Kontakt mit der durch O. Mayers und J. Goldschmidts bahnbrechende Arbeiten angeregten literarischen Reformbewegung im Deutschen Reiche. Diesem separatistischen Charakter der einschlägigen Literatur ist es zuzuschreiben, wenn sämtliche bisher unternommenen Reformversuche der Legislation, die dem Gegenstand unserer Untersuchung gewidmet waren, gescheitert sind, und selbst auch das letzte Reformprojekt: „Die Studien über die Reform der inneren Verwaltung" der Neugestaltung des Polizeistrafrechts keine weiteren Perspektiven eröffnet, als sie noch Lienbacher vor Augen gehabt hat. In einseitiger Selbstbeschränkung auf die wissenschaftlichen Ergebnisse heimatlicher Forschung begnügt sich diese im übrigen hervorragende Leistung eines kritischen Geistes, an der die rücksichtslose Bloßlegung der Mißstände des österr. Verwaltungswesens als überaus rühmenswert hervorgehoben werden muß, mit der Aufstellung der Forderung nach Schaffung eines besonderen Polizeistrafgesetzes, durch die dem dringenden Bedürfnis nach einer Reorganisation des Polizeistrafwesens in materieller Beziehung Genüge geschehen soll.[5])

---

[4]) Im Einklang damit, bezw. mit der jener Zeit eigenen übertriebenen Wertung der gerichtlichen Judikatur, von der man alles Heil zu erwarten pflegte, steht auch die von Lienbacher mit Nachdruck geforderte Depossedierung der Polizeistrafgewalt und Überweisung der Polizeidelikte an die ordentlichen Gerichte. (S. „Öffentl. Sicherheit" passim und die im „Österr. Polizeistrafrecht", S. 282, zitierte Rede in der 403. Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 31. Oktober 1878 und seine „Sammlung oberstbehördlicher Entscheidungen in Polizeistrafsachen", S. 13, wo die „Übertragung der Polizeistrafgerichtsbarkeit auf die Gerichte als eine der wichtigsten Freiheitsfragen" bezeichnet wird). Wenig überzeugend klingt jedoch die Begründung, wenn L. hiezu bemerkt: „Es ist ganz natürlich, daß wenn schon für wichtigere Strafsachen (sc. Übertretungen des Diebstahls, der Veruntreuung, des Betrugs usw.) das näherliegende Bezirksgericht kompetent erklärt wird, für minder wichtigere (sc. Polizeiübertretungen) wenigstens auch das Bezirksgericht für kompetent erklärt werde." Auch fehle den politischen Behörden bei ihrem mangelhaften Organismus schon deshalb jede Eignung zur Ausübung der Polizeistrafgewalt, „weil sie nicht einmal Arreste (sc. Lokalitäten) haben, um diejenigen, welche sie zu Freiheitsstrafen verurteilten, darin anzuhalten."

[5]) Doch verkennen auch die Verfasser dieser Denkschrift nicht, „daß die Ausarbeitung eines solchen Werkes eine so umfangreiche und schwierige Arbeit ist, daß sie nicht als Anhängsel der Reform der inneren Verwaltung in Angriff

Und auch in dem dem Verfahren gewidmeten Kapitel lassen es die „Studien“ mit etwas unangebrachter Lapidarität bei der Verheißung „neuer ausreichender (?) Verfahrensvorschriften“ bewenden, und nur nebenbei wird der Tunlichkeit einer möglichst ausgedehnten Anwendung des Mandatsverfahrens Erwähnung getan.

Allein mit dem stagnierenden Zustand der Literatur scheint uns noch nicht die tiefste Ursache der Ergebnislosigkeit aller dem österr. Polizeistrafrecht bisher gewidmeten Reformversuche bloßgelegt zu sein. Ihren letzten Grund hat diese in der noch unten zur Darstellung gelangenden Eigenart des bestehenden Polizeistrafverfahrens, die in der Verwaltungspraxis eine Diskretion gezeitigt hat, deren weitreichende abträgliche Folgen nicht ausgeblieben sind. Auch heute noch gilt es für die zur Ausübung der Polizeistrafgewalt berufenen Behörden als charakteristisch, daß sie mit übel angebrachter Sorgfalt ihre Erkenntnisse als arcana imperii behüten und sich so zu eigenem Schaden der belebenden Kontrolle der Wissenschaft entziehen.

Solange sich aber diese befruchtende Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis nicht auch auf dem Boden des Polizeistrafrechts behaupten wird, können die Träger der Polizeistrafgewalt ihrem traurigen Lose nicht entgehen, auf die wissenschaftliche Durchbildung der Praxis und eine gedeihliche Fortbildung dieser Disziplin durch Theorie und Legislation verzichten zu müssen, während andrerseits die lähmende Wirkung auf die wissenschaftliche Forschung und die gesetzlichen Reformbestrebungen nicht weichen kann.

§ 2. Die geschichtlichen Grundlagen des österr. Polizeistrafrechts.

Indem wir uns nach Erörterung dieser Sachlage, die zugleich die Rechtfertigung der vorliegenden Untersuchung in sich schließt, unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, stehen wir zunächst der Frage gegenüber, wo das empirische Material zu suchen ist, von dem eine wissenschaftliche Bearbeitung des österr. Polizeistrafrechts auszugehen hat.

Die Lösung dieses Problems hat nicht nur juristisch-theoretischen Wert, indem nur sie die Erkenntnis der rechtlichen Natur des Polizeidelikts zu vermitteln imstande sein wird, sondern vor allem auch ihre große praktische Bedeutung. Sie soll uns nicht allein dem Verständnis dieses bisher als ödes Steinland angesehenen Rechtsgebiets, näher bringen, sondern auch die schiefe Ebene vergegenwärtigen, auf die die Praxis unwillkürlich in ihrem Streben, gewisse prozessuale und materiellrechtliche Grundsätze für die Behandlung dieser Materie zu gewinnen, mangels wissenschaftlicher Durchleuchtung geraten mußte, indem sich ihr als die vermeintlich brauchbarste Entscheidungsquelle in allen zweifelhaften Fragen die Lehren des gemeinen Strafrechts ergaben.

Eingehende Beachtung ward diesem Gegenstand u. W. bisher nur in der reichsdeutschen Literatur gewidmet. Hier hat das Problem in

---

genommen werden könnte, sondern ein namhaftes Reformwerk für sich darstellen würde.“ Diesem Bekenntnis dürfte die Erwägung zugrunde gelegen haben, wie wenig erfolgreich sich die von der Regierung schon im Jahre 1867 in Gang gesetzten Kodifizierungsarbeiten erwiesen haben. S. darüber näher bei Lienbacher Polizeistrafrecht S. 278.

präziser Fassung überhaupt erst das Tageslicht erblickt und seine wissenschaftliche Darstellung gefunden.

In seinem „Verwaltungsstrafrecht" (Berlin, 1902) hat Goldschmidt seine rechtshistorischen Forschungen auch auf das österr. Recht ausgedehnt, wobei seine Beweisführung und Schlußfolgerung in dem Gedanken gipfeln, daß der zweite Teil des Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen vom 27. Mai 1852 Nr. 117 RGBl. als die sedes materiae des österr. Verwaltungsstrafrechts anzusehen sei.[6])

Wie wenig diese Auffassung, so gut sie sich auch in den meisterhaft geführten geschichtlichen Aufbau seines Verwaltungsstrafrechts einfügt, dem herrschenden Rechtszustand entspricht, soll in dem knapp bemessenen Rahmen dieser Untersuchung in Umrissen zur Darstellung gelangen. — Hier trennt sich unser Weg von demjenigen Goldschmidts, den wir erst dann wieder betreten, wenn der Nachweis erbracht sein wird, daß wir den Grundstock des Polizeistrafrechts außerhalb des allgemeinen Strafgesetzes zu suchen haben.

Es soll jedoch schon an dieser Stelle nicht unbemerkt bleiben, daß gerade die entgegengesetzte Anschauung in dem Umfang, als sie in dieser Abhandlung vertreten wird, der Verwaltungsstrafrechtstheorie Goldschmidts die zuverlässigste Stütze zu bieten scheint, und gerade deshalb Grund zu dem lebhaften Bedauern vorhanden ist, daß G. auf die Verwertung des sich im österr. Rechte bietenden Materials zu verzichten genötigt war.

Vor allem glaubt G. den Boden der positiven Gesetzgebung für sich zu haben. Allein ebensowenig wie der Gang der historischen Entwicklung ist dieser geeignet, seine Ausführungen als beweiskräftig erscheinen zu lassen.

In diesem einzigen Punkte des rechtsgeschichtlichen Teiles wird die G.'sche Darstellung von dem Vorwurf, theoretischen Deduktionen im Übermaß Raum geboten zu haben, nicht freigesprochen werden können.

I.

Wenn nun im Folgenden eine historische Grundlegung der einschlägigen Materie versucht werden soll, so ist es natürlich, daß wir dem Entwicklungsprozeß nicht bis auf seinen letzten Ursprung nachgehen, sondern an diejenigen Entwicklungsphasen anknüpfen werden, aus denen die Einrichtungen des herrschenden Rechtssystems unmittelbar herausgewachsen sind. Wir fassen daher nur diejenigen Rechtszustände ins Auge, deren Entwicklung die Kontinuität bis auf die Gegenwart darbietet, und die sich insoweit als lebendige Wurzeln des Gegenstands der vorliegenden Untersuchung erweisen.[7])

Von dieser Erwägung hat sich offenbar auch Goldschmidt leiten lassen, und es trifft daher vollkommen zu, wenn er den die Vergehen und

---

[6]) Auf diesem Standpunkt stehen übrigens — freilich den Gang der geschichtlichen Entwicklung völlig ignorierend — auch v. Stein, Das Polizeirecht (Innere Verwaltungslehre, I. Hauptgeb., 3. Teil), S. 46 f. und die unten Anm. 90 zitierten Schriftsteller. Da jedoch von Goldschmidt zum ersten Male eine eindringende Begründung dieser Lehrmeinung geboten wird, richten sich unsere Ausführungen in der Widerlegung dieser Anschauung vorwiegend gegen die von G. vorgebrachten Argumente.

[7]) Es bleiben daher schon die theresianischen Rechtszustände wegen der noch unten zu erörternden prinziplosen Gestaltung des Strafrechts jener Zeit, als für unsere Aufgabe unfruchtbar, außer Betracht.

Übertretungen umfassenden II. Teil des geltenden Strafgesetzes als aus dem von den „politischen Verbrechen" handelnden II. Teile des Josefinischen Strafgesetzes vom 13. Jänner 1787 hervorgegangen betrachtet.[8]) Den Durchgangspunkt dieser Entwicklung bildet nämlich das Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen vom 3. September 1803, das einerseits sowohl in formeller als auch in inhaltlicher Beziehung einen unverkennbaren Zusammenhang mit der Josefina aufweist,[9]) andrerseits aber nach der ganzen Anlage gegenüber dem geltenden Strafgesetz nur den Gegenstand „einer mit Einschaltung der durch spätere Gesetze verfügten Abänderungen, und mit Aufnahme mehrerer neuen Bestimmungen erweiterten neuen Ausgabe" darstellt.[10])

Es darf daher a priori behauptet werden, daß mit dem Beweis der Annahme, daß die „politischen Verbrechen" nach Ansicht des Gesetzgebers formell das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts bildeten,[11]) die Berechtigung der Auffassung des II. Teiles des geltenden Strafgesetzes als sedes materiae des Verwaltungsstrafrechts steht und fällt.

Denn scharfsinnig genug unterscheidet G. die Frage, was nach dem Willen des Gesetzgebers als Verwaltungsstrafrecht anzusehen sei, von der andern, inwiefern dieses den theoretischen Anforderungen entspreche, und gesteht in letzterer Beziehung freimütig zu, „daß die schweren Polizeiübertretungen (sc. somit auch die Vergehen und Übertretungen des geltenden Strafgesetzes) so wenig wie die politischen Verbrechen rationell Verwaltungsdelikte darstellen."[12])

Auf dem Boden der Beweisführung aber geht G. die Sonderung dieser Gesichtspunkte völlig verloren; ganz augenfällig treten vielmehr die aus seiner Verwaltungsstrafrechtstheorie sich ergebenden Forderungen der unbefangenen Beurteilung des vorliegenden Materials hinderlich entgegen.

Als ausgemacht gilt es nun für G., daß die politischen Verbrechen im Sinne des Gesetzgebers prinzipiell das Verwaltungsstrafrecht bildeten. Doch gerade dafür scheint uns vor allem der Wortlaut des Gesetzes am wenigsten zu sprechen. Auch die im Archiv des k. k. Justizministeriums vorfindlichen Materialien zur Josefina (und dem StG. v. 1803)[13]) lassen die von Wahlbergs Forschungen zur Geschichte der alt. österr. Strafgesetzbücher[14]) offenbar wesentlich beeinflußte Auffassung G.'s nicht als um vieles berechtigter erscheinen.[15])

---

[8]) S. Stooss, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 1909, S. 43. Diesen Zusammenhang übersieht völlig v. Stein, Polizeirecht S. 46, indem sich nach seiner Auffassung das geltende StGB. als das Ergebnis „des unklar gebliebenen Strebens, nach dem Vorgange Frankreichs und Preußens, das peinliche Recht von dem Verwaltungsrecht zu scheiden" darstellt.

[9]) S. Kudler, Erklärung des Strafgesetzes über schwere Polizeiübertretungen, 6. Aufl. 1850, I. Abt., S. 4.

[10]) S. kaiserl. Patent v. 27. Mai 1852 Nr. 117 RGBl., womit das Gesetz kundgemacht wurde.

[11]) So Goldschmidt a. a. O. S. 84.

[12]) S. a. a. O. S. 157, ferner auch S. 87 f.

[13]) Soweit sich die folgenden Ausführungen auf diese Quellenbelege berufen, soll darauf durch das Schlagwort: Akten des Justizministeriums Bezug genommen werden.

[14]) Grünhuts Ztschr. f. Priv. u. öffentl. Recht, VIII. (1881), S. 281 ff. (Die Revision der Theresiana und die Genesis des Josephinischen Strafgesetzbuches, Gesammelte kleinere Schriften, III., S. 1 ff.)

[15]) Dabei mag schon an dieser Stelle mit allem Nachdruck betont werden, daß die durch die Hast des Zustandekommens der Josefina bedingte verhältnis-

Allerdings war es dem Gesetzgeber, wie das Kundmachungspatent emphatisch hervorhebt, darum zu tun, „zwischen Criminal- und politischen Verbrechen eine anständige Gränzlinie auszuzeichnen". Die ratio, welche bei dieser Sonderung maßgebend gewesen sein mochte, verrät das Gesetz aber nicht. Das auffallende Bestreben, jede Konstruktion, Breite und Weitschweifigkeit der Darstellung zu vermeiden, mag diese Zurückhaltung einigermaßen rechtfertigen.[16])

Allein auf das richtige Maß ihrer Bedeutsamkeit zurückgeführt und halbwegs verständlich wird jene Tendenz des KP. durch das Eingehen auf die in dieser Beziehung der unmittelbaren Vorläuferin, der Theresiana anhaftenden Mängel. Nicht nur deren von der gereifteren Zeit Josefs II. mißlichst empfundenen Härten, die dringend erheischten, daß dem Zeitalter der Keuschheitskommissionen und Sittengerichte, die für Verirrungen des Fleisches sehr häufig die Todesstrafe als noch gerade angemessen erachtet hatten, ein rasches Ende bereitet werde, auch die Formulierung, die die grundlegendsten Begriffe des Strafrechts in der Theresiana gefunden hatten, drängten mit unwiderstehlicher Macht zu einer tiefgreifenden Umgestaltung des bestehenden Gesetzes.

An eine Aufstellung leitender Grundsätze ward jedoch in dem hastigen Streben nach Verwirklichung des Reformprojekts gar nicht gedacht. Dem Kaiser war vor allen Dingen daran gelegen, daß in der „Nemesis Theresiana nur jenes, was auf die Tortur und Todesstrafe eine Beziehung hatte, oder was sonsten eine nothwendige Verbesserung erforderte, nach den von ihm bestimmten Grundsätzen abgeändert werde."[17])

Daß daneben dem Kaiser oder den Mitgliedern der Kompilationskommission der Plan einer Zusammenfassung der Polizeidelikte oder auch nur eine Zweiteilung der Materie von allem Anfang an vorgeschwebt haben sollte, ist nirgends zum Ausdruck gebracht.[18]) — Dieser posthume Gedanke war erst in einem weit vorgeschritteneren Stadium der Vorarbeiten gereift.

Zunächst verlangten die gesetzlichen Begriffe: Verbrechen, Vorsatz und Fahrlässigkeit eine eingehende Betrachtung und zeitgemäße Umgestaltung. Denn urwüchsig genug hatte die Theresiana darüber bestimmt:

> „Art. 3 § 1. Eine Übelthat ist bemeldetermaßen eine freiwillige Unternehmung des Verbotenen oder freiwillige Unterlassung des Gebotenen. Ein so anderes geschieht entweder aus bösem Vor-

---

mäßige Dürftigkeit der Materialien zu diesem Gesetzbuch uns nötigt, das Schwergewicht der Beweisführung in das folgende Kapitel zu verlegen, das sich mit der weitaus reichhaltigeren Entstehungsgeschichte des StGB. v. 1803 beschäftigt.

[16]) Vgl. Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte, 1869, S. 151, wo als hauptsächliche legislatorische Motive, die für jene Einteilung maßgebend gewesen sein dürften, die Berücksichtigung der Stärke der bösen Triebfeder, welche bei einer bestimmten Handlung vorausgesetzt werden muß, der Wichtigkeit und Gefährlichkeit der mit derselben verbundenen Folgen, der Größe des Schadens und der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Vorsicht dagegen angeführt werden.

[17]) A. H. Entschließung v. 10. April 1783 über den Vortrag der Compilationshofcommission v. 12. März 1783, mit Vorlage des neu bearbeiteten Criminalgesetzentwurfs (Akten des Justizminist.).

[18]) Die Absicht einer durchgreifenden Reform der Theresiana gelangt, wenn wir recht sehen, zum ersten Male in dem kais. Handschreiben v. 2. Mai 1781 zum offiziellen Ausdruck. S. auch Hoegel, Geschichte des Österreichischen Strafrechts, I. 1904, S. 76.

satz jemanden ein Unrecht, Beleidigung oder Schaden zuzufügen, oder aus bloßer Schuldtragung (delictum dolo, vel culpa committitur)."

„§ 3. Es unterscheidet sich aber in peinlichen Fällen der böse Vorsatz von der bloßen Schuldtragung in dem, daß wenn eine Übelthat ohne Vorsatz und bösem Willen aus bloßer Schuld begangen wird, der Thäter mit der auf solche That ausgesetzten ordentlichen Strafe nicht angesehen, sondern nach Maß der schwereren oder geringeren Schuldtragung willkürlich bestraft werden möge (Dolus et culpa quoad poenam differunt)."

Danach sollten also „schuldbare" Handlungen nicht mit den für dolose angedrohten Strafen, sondern unter Berücksichtigung der Größe der Schuld nach dem Ermessen des Richters bestraft werden.

Um nun „bei Verwaltung der strafenden Gerechtigkeit (sc. die bisher einer „bestimmten Richtung durch ein allgemeines Gesetz" ermangelte) alle Willkür zu entfernen," dazu sollte die „anständige Gränzlinie" gezogen werden; eine andere unmittelbare Bedeutung wollen u. E. diese beiden wörtlich und inhaltlich im engsten Zusammenhang miteinander stehenden Sätze des KP. für sich nicht in Anspruch nehmen.[19])

Dem aufgeklärten und bis zu einem gewissen Grade rechtsstaatlich geläuterten Zeitalter Josefs konnte nicht mehr ein System entsprechen, das wahllos neben den schwersten Verbrechen fahrlässige Straffälligkeiten geringfügiger Natur in sich schloß und in Rücksicht dieser dem Richter die weitgehendste Willkür einräumte, gleichwohl aber daneben die weitgestreckte Domäne einer willkürlich durch die Polizei geübten Strafgewalt fortbestehen ließ.

Was nicht die Natur eines Kriminalverbrechens im Sinne des Josefinischen Gesetzgebers an sich hatte, sollte der bessernden Züchtigung durch die Polizei, wie die ganze Summe der Polizeivergehen, deren Tatbestände nur zu einem geringen Teile dem geschriebenen Rechte angehörten, überlassen bleiben. Dies war im ursprünglichen Plane gelegen.[20]) „Schwachheiten" nannte sie Hofrat v. Keeß unter Verwertung einer von Sonnenfels gewählten Ausdrucksweise in dem zu einem der ersten Entwürfe des Kriminalgesetzes skizzierten Kundmachungspatent — in einem Zeitpunkt, in dem der Gedanke an einen II. Teil des Strafgesetzes überhaupt noch nicht rege geworden war.

Aus Sonnenfelsens Schriften[21]) erfahren wir aber, daß unter „Schwachheiten" nichts anderes als „öffentliche Unanständigkeit, ausbrechende Ärgernisse", etwa noch „Störung der häuslichen Ordnung, des häuslichen Wohls" verstanden werden wollten.

Es leuchtet nun ein, daß darunter die „politischen Verbrechen"

---

[19]) Vgl. Beidtel-Huber, Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung 1740—1848, Innsbruck 1896, I. S. 152 f.; Kudler a. a. O. I. S. 30.

[20]) Es entsprach dies auch durchaus dem Standpunkt des älteren Strafrechts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, die Polizeistrafmaterie ganz außerhalb seiner Sphäre zu lassen. Vgl. v. Stein a. a. O. S. 37.

[21]) S. Handbuch der inneren Staatsverwaltung, 1798 I., S. 334, ferner Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz, 6. Aufl. 1798, S. 158; an andrer Stelle, z. B. Handb. S. 336 findet sich dafür auch die Bezeichnung „Unordnungen". Vgl. dazu § 296, II. des StGB. v. 1803 bezw. § 525 d. geltend. Strafgesetzes, mittels deren sich eine kleine Gruppe dieser als dem reinen Polizeistrafrecht angehörig gedachten „Unordnungen" in das allgemeine Strafrecht eingeschlichen hat.

späterer Prägung nicht begriffen waren, ja daß sie mit diesen nichts Gemeinsames hatten.

Nach dem Wortlaut des soeben zit. KP. sollten „die Gränzen zwischen Verbrechen und Schwachheiten, der Criminal- und Polizeigerichtsbarkeit genau bestimmt, die Willkürlichkeit in Bestraffungen ausgeschlossen, zwischen Verbrechen und Straffen[22]) das billige Ebenmaß getroffen, und die letzteren nach einem solchen Verhältnisse bestimmet werden, daß ihr Eindruck nicht bloß vorübergehend, sondern durch die vergrößerte Empfindung, und verlängerte Dauer des Übels den Lasterhaften vorhinein von Begehung von Missethaten abzuschrecken, und bey ihrer Vollstreckung für das übrige Volk ein warnendes Beispiel zu werden fähig sey."

Die in Aussicht genommene Grenzziehung sollte sich also darauf beschränken, das Gebiet des Kriminalrechts eingehend und erschöpfend zu regeln, während die polizeiliche Strafgewalt nach wie vor uneingeschränkt schalten und sich dadurch ihre traditionellen Kriterien erhalten sollte.

Allerdings war dabei das Bewußtsein lebendig, daß angesichts dieses Programms noch eine ganze Reihe von „bösen Thaten" aus dem engbegrenzten Rahmen des Kriminalkodex herausfallen mußte. Dieser Einsicht trägt auch der von v. Keeß abgefaßte und am 12. März 1783 dem Kaiser vorgelegte erste Entwurf des Criminalgesetzes (219 Paragraphen umfassend)[23]) Rechnung, indem § 2 bestimmt:

> „Welche Verbrechen die Wohlfahrt und den Ruhestand des gemeinen Wesens verletzen und dahero als Criminalverbrechen anzusehen seyen, werden Wir in gegenwärtigem Strafgesetze bestimmen, dahero die in selbem nicht ausgedrückten Verbrechen unter die Criminalverbrechen nicht gezählt werden sollen; doch werden Wir Unseren politischen Behörden die nöthige Weisung geben, wie dieselbe sich zu benehmen haben, wenn eine solche böse That vorkäme, die in diesen Gesetzen zwar nicht ausgedrückt, aber dennoch ob ihrer Bosheit, und deren hieraus entstehenden Folgen zur strengeren Untersuchung und Bestraffung geeignet ist." —

Waren wir uns nun oben über die Inkongruenz der „Schwachheiten" mit den politischen Verbrechen klar geworden, so leuchtet es hier ein, daß ebensowenig die „bösen Thaten" mit den „Schwachheiten" zusammenfielen.

Es kann also nicht nachdrücklich genug betont werden, daß die Schaffung des II., die „politischen Verbrechen" zusammenfassenden Teiles von allem Anfang an, und insbesondere in dem Zeitpunkt, als das Kundmachungspatent die Abgrenzung der Kriminalverbrechen gegenüber den „Schwachheiten" zum leitenden Grundsatz erhob, durchaus außerhalb der gesetzgeberischen Pläne gelegen war.[24]) Erst im Jahre 1785 — der I. Teil

---

[22]) Man beachte aber: nicht zwischen Schwachheiten und den dagegen wirkenden Zuchtmitteln.

[23]) Akt. d. Justizmin.

[24]) In dem Bericht vom 16. April 1785, der die Vorlage des Kriminalgesetzes zur vorläufigen Einsicht durch die oberste Justizstelle begleitet, bemerkt Grf. v. Sinzendorf als Präses der Kompilationskommission u. a.: „maßen von einer Kundmachung dieses Gesetzes derzeit und insolange keine Frage ist, bis nicht auch der von politischen Verbrechen und Strafen handelnde 2. Theil, an dessen Bearbeitung man eben Hand anlegt, zu Stande gekommen sein wird." (Akt. d. Justizmin.).

von den Kriminalverbrechen hatte bereits die kaiserliche Genehmigung erhalten — trat die das ganze Reformwerk in Frage stellende Notwendigkeit hervor, „zur Benehmung des Irrwahnes oder Vorwandes, als ob Gott lästern, Religion verachten, falsch schwören, Blut schänden u. dgl. nur fast unbedeutende Schwachheiten wären,“[25]) wenigstens für einen Teil derjenigen Delikte schwererer Natur, die unter die Kriminalverbrechen keine Aufnahme gefunden hatten, ein Refugium in dem die „politischen Verbrechen“ behandelnden II. Teile zu schaffen.

Die oberste Justizstelle hatte aber auch jetzt noch nicht an eine besondere Zusammenfassung der politischen Verbrechen gedacht, indem sie sich mit dem Vorschlag zufrieden gab, es wäre „in dem Eingange des Criminalgesetzes auszudrücken, daß die übrigen in dem nachfolgenden Gesetze nicht benannten Laster und Vergehungen deswegen nicht straflos bleiben, sondern im politischen Wege immerhin so nachdrücklich, als unnachsichtlich bestraft werden würden.“

Jene Mission der Abfassung des zweiten Teiles ward nun Sonnenfels übertragen, mit dessen hervorragenden wissenschaftlichen Qualitäten als „Vaters der deutschen Staatswissenschaft“[26]) nicht im Einklange stünde, wenn er ganz ohne Überlegung sich für die Bezeichnung der Delikte des II. Teiles als „politische Verbrechen“ statt „Schwachheiten“ oder „Vergehungen“[27]) entschieden haben sollte. Sonnenfels durfte sich diesem Vorschlag am wenigsten gefügig erweisen, weil es ihm, dem nach Gelehrsamkeit und Geist eminentesten Vertreter der Polizeiwissenschaft jener Epoche an der Einsicht nicht gefehlt haben konnte, daß die Gesetzgebung einer heillosen Verwirrung der sittlichen Begriffe über die Auflehnung gegen die Rechtsordnung zusteuern müßte, wenn sie Diebstahl, dessen Gegenstand den Wert von 25 Gulden Wiener Währung nicht übersteige, oder Betrügereien und ähnliche kriminelle Delikte mit dem nach damaliger Auffassung jedes Verschulden schlechterdings ausschließenden terminus „Vergehungen“ belegen wollte.

Es ist nun hinlänglich bekannt, welchen entscheidenden Einfluß Sonnenfels auf die Durchführung der Josefinischen Reformpläne gewonnen hat. Seine Schriften legen Zeugnis davon ab, wie gut er es verstand, sich jederzeit den politischen Tendenzen der Regierung anzuschmiegen und stets als erster unter den berufenen Staatsmännern seine wissenschaftliche Richtung den praktischen Bedürfnissen anzupassen. „Man sieht, daß er aus dem Leben und für das Leben schreibt.“ (v. Stein).

Mit großer Klarheit entwickelte er gesunde verständige Verwaltungsmaximen, ganz im Geiste seines Herrschers, und wirkte so aufbauend und fortbildend auch für die folgenden Zeiten; sein ganzes System ist auf praktische Brauchbarkeit gerichtet, auf Begreifung und Darstellung der Wirklichkeit, deren Mängel er mit scharfem Auge erkennt, ohne hiebei

[25]) So die oberste Justizstelle in Anknüpfung an die Erinnerungen der Appellationsstellen, denen der Entwurf infolge kaiserlichen Auftrags zur gutächtlichen Äußerung übermittelt worden war, und die sich übereinstimmend in dem im Texte angeführten Sinne ausgesprochen hatten. (Akt. d. Justizmin.).

[26]) Rosshirt, Über den Begriff und die eigentliche Bestimmung der Staatspolizey, 1817, S. 56.

[27]) So die oberste Justizstelle in ihrem an die Erinnerungen der Appellationsstellen anknüpfenden, auf Grund der Beschlüsse vom 7., 9., 15., 18., 22. Dezember 1874 von den Grafen v. Seilern und v. Clary erstatteten Bericht. (Akt. d. Justizmin.).



freilich ein hohes Maß von juristischer Logik zu entfalten. Sein ehrgeiziges Streben war erfüllt, als er sich schließlich zum leibhaftigen Träger der Reformen jener Periode aufgeschwungen hatte.

Insbesondere prägt seine geschichtlich bezeugte Urheberschaft des II. Teiles der Josefina und, wie unten noch näher nachzuweisen sein wird, auch des StGB. von 1803 dem in seinen Schriften hervortretenden Gedankengang ein hohes Maß von Authentizität auf, so daß sein System gewissermaßen als offizielles angesehen zu werden beansprucht und in der Tat einen hohen Wert für die Erklärung der Gesetzbücher seiner Zeit besitzt.

In diesem hat nun Sonnenfels die rationalistischen Ideen, die das Josefinische Zeitalter in seinem Geiste des aufgeklärten Polizeistaats in der innern Verwaltung des Staates leiteten, niedergelegt. Aber auch darüber hinaus hat sich sein tiefgreifender Einfluß bis auf den heutigen Tag als die Auffassung des ganzen Verwaltungslebens in Österreich bestimmend und führend erwiesen.[28] Es kann daher keine geschichtliche Darstellung des österr. Rechts- und Verwaltungslebens, die das Sonnenfelssche System übergehen zu können glaubt, den Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

Als die wertvollste seiner Schriften haben sich seit jeher die „Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz" bewährt. In dem von der Polizei handelnden 1. Bande hat nun Sonnenfels im großen Ganzen sein staatswissenschaftliches Glaubensbekenntnis abgelegt. Zunächst offenbart sich uns hier, daß auch für ihn die Lehren des Naturrechts leitendes Motiv waren, das seinen ganzen Ideenkreis beherrschte.[29]

Im übrigen erweist sich seine Auffassung von der Polizei als wenig geeignet, einer richtigen Abgrenzung zwischen kriminellem und polizeilichem Delikt den Boden zu ebnen.[30] Polizei ist für ihn „vorzüglich die Vertheidigung gegen Ereignungen (sc. menschliche Handlungen oder Zufälle), aus welchen, von was immer für einer Seite, für die innere Sicherheit Nachteil zu besorgen wäre."[31] Diesen Zwecken werden auch Justiz und Gesetzgebung dienstbar gemacht. Aus diesem Grunde gelten ihm Strafrecht, bürgerliche und Strafprozeßordnung als wesentlich gleichartige Materien seiner Polizeiwissenschaft, die „die innere Sicherheit des Staates zu gründen, und zu handhaben (bestimmt ist)."[32] Und keine Bedenken trägt er deshalb, sich mit den Fragen der Tortur und deren Abschaffung, ja selbst mit der Frage der Todesstrafe in seinen Vorträgen über die Polizei zu befassen, zu deren Hauptaufgaben er zählt, der Begehung von Verbrechen vorzubeugen, sowohl dadurch, daß sie die Erlangung der Mittel zur Verübung von Straftaten erschwere, als dadurch, daß sie auf die begangenen Verbrechen angemessene, von wiederholter Begehung abschreckende Strafen festsetze und verhänge.



[28]) Dies wird sich unten noch ganz deutlich ergeben.

[29]) Vgl. hiezu Beidtel-Huber a. a. O. I. S. 98 ff., mit dessen Ausführungen man sich freilich infolge der offenbaren Verkennung der Wirksamkeit Sonnenfelsens nicht immer ganz befreunden kann.

[30]) So auch Goldschmidt a. a. O. S. 82 gegen Wahlberg a. a. O. S. 282.

[31]) Grundsätze etc., S. 53; vgl. hiezu auch Schilling, Beiträge zur Entwickelung des Polizeibegriffs nach preußischem Recht, Verwaltungsarchiv. II. S. 477, Schulze, Das preußische Staatsrecht, II. 3., S. 521.

[32]) Grundsätze etc. S. 20, 51.

Der Angelpunkt jeder Unterscheidung innerhalb des Strafrechts liegt aber für ihn in der Art und dem Maße der Strafe, deren „allgemeiner Maßstab nur in den Beweggründen der Verbrechen zu suchen ist."[33])

„Denn die kleinste Entwendung (die immer nur als politisches Verbrechen in Betracht kam) hat nicht weniger Beziehung auf den Endzweck des Staates als der Diebstahl von Hunderttausenden; beyde verletzen die Sicherheit des Eigenthums."[34])

Zweifelloser konnte der Gesichtspunkt der rein quantitativen Unterscheidung zwischen den Kriminal- und politischen Verbrechen wohl nicht angedeutet werden. Ihm waren eben, wie Goldschmidt[35]) selbst schon schlagend bemerkt hat, die Kriminalverbrechen gerade so politisch, wie die politischen. Unter seiner Hand gewinnt alle staatliche Tätigkeit sicherheitspolizeilichen Charakter in dem Sinne, daß der Staat den Schutz gegen alle dem Gemeinwesen sowohl als auch den Einzelnen von außen her drohende Schäden auf sich zu nehmen hat.[36]) Nach dieser Auffassung ist in der Tat die Polizei „die Schlingpflanze, die alle Gebiete des staatlichen Lebens umrankt." (Zachariae).

Mit aller Schärfe und Bestimmtheit macht sich nun diese Auffassung im Strafrecht geltend, das insofern den Schutz gegen die Gefahren, welche von menschlichen Handlungen her der rechtlichen Ordnung im Staate überhaupt und der Rechtssphäre des Einzelnen drohen, zu gewährleisten hat.

Dies soll im übrigen noch weiter unten genauer entwickelt werden. Hier bleibt lediglich anzumerken, daß Sonnenfelsens Schriften, deren Geist mit der Genesis der Josefina innig verwoben war, nicht im entferntesten einen Anhaltspunkt dafür bieten, daß die politischen Verbrechen nach der Absicht des Gesetzgebers die Summe des eigentlichen Polizeistrafrechts bildeten.[37])

---

[33]) Ibid. S. 463. [34]) Ibid. S. 459. [35]) a. a. O. S. 82.

[36]) Sehr deutlich erhellt dieser polizeiliche Gesichtspunkt, unter dem die Erlassung des Josefinischen Strafgesetzes zustande kommen sollte, schon aus den kaiserlichen Eingangsworten des für den 1. Entwurf projektierten Kundmachungspatentes: „Wir wünschten zwar, daß Vernunft, Menschenliebe, Religion und die ächte Begriffe von eigener Glückseligkeit alle Unsere Unterthanen zu einem solchen Lebenswandel bestimmten, der Uns der unangenehmen Nothwendigkeit entledigte, wider sie Strafgesetze zu verhängen. Da jedoch diese der Menschheit würdigen Gründe nicht auf alle Unterthanen in gleicher Art wirken und dahero die Handhabung der allgemeinen Glückseligkeit Unserer Staaten Uns auffordert, das beleidigte gemeine Wesen wider die Störer der allgemeinen Ruhe, Ordnung und Sicherheit durch die Empfindlichkeit der dem entdeckten unausbleiblichen Strafe zu rächen, allenfalls den Verbrecher durch den zurückgelassenen Eindruck der Strafe zu bessern, andere von der bösen Nachfolge zurückzuhalten . . . . . ." — So kommt es, daß noch bis in die neuere Zeit die Kriminalgerichte als „die höhere Potenz zur Handhabung des Polizeirechtes" angesehen zu werden pflegten. (Vgl. Barth-Barthenheim, System der österreichischen administrativen Polizey, 1830, IV., S. 123).

[37]) Interessant ist dabei, daß sich S. über den schon seiner Zeit eigentümlichen Streit, ob die Polizeigewalt durch den Wohlfahrtszweck oder den Sicherheitszweck beschränkt sei, ganz kühlen Mutes hinwegsetzte. Die Wohlfahrtsförderung ist ihm kein besondrer, der Sicherheitspolizei gegenüberstehender Zweig der Staatstätigkeit. Vielmehr fallen für ihn auch alle pfleglichen Tätigkeiten des Staates unter seinen aus dem allgemeinen Staatszweck abgeleiteten Sicherheitspolizeibegriff. — („Die Bequemlichkeit des Lebens, das ist die Leichtigkeit, sich durch seinen Fleiß Unterhalt zu verschaffen" wird von ihm wohl auc'.



Erst als deren Zusammenfassung in dem II. Teile des GB. dadurch, daß Sonnenfels damit betraut wurde, endgültig zur Tatsache werden sollte, erachtete es der Kaiser selbst für notwendig, mit der Entschließung vom 9. März 1785 zu resolvieren: „Ist bei dem Patentaufsatz statt des unterstrichenen Ausdrucks, daß die Gränzen zwischen Verbrechen und Schwachheiten zu setzen: daß die Gränzen zwischen Crim: und anderen Verbrechen etc."

Zieht man nun in Erwägung, daß die Materialien zu der in aller Hast zusammengeschweißten Josefina es bei diesen dürftigen Andeutungen über das Zustandekommen des II. Teiles bewenden lassen, daß aber die darauf und auf die Ideen des geistigen Urhebers basierte Gedankenrekonstruktion die Absicht des Josefinischen Gesetzgebers, in dem die politischen Verbrechen umfassenden II. Teile des Strafges. eine Kodifikation des Polizeistrafrechts zu schaffen, auch nicht annähernd darzutun imstande ist, so genügt dies vollends für unsere Zwecke. Diese negative Feststellung allein ist schon geeignet, die gegensätzliche Auffassung als unrichtig zu kennzeichnen. Deutlicher wird sich uns dies allerdings erst ergeben, wenn wir den hier gefundenen Faden dann weiter in der reichern Entstehungsgeschichte des StGB. v. 1803 verfolgen werden, dessen durch die Identität des geistigen Schöpfers gegebene Kongruenz mit der Josefina zu einer Sonderung der Argumente gar keinen Anlaß bietet, sondern diese vielmehr als einander komplementär erscheinen läßt.

Nicht weniger bestimmend nun als die Genesis des die politischen Verbrechen umfassenden II. Teiles der Josefina erweisen sich für die hier vertretene Anschauung, daß mit der Schaffung des II. Teiles eine Kodifikation des Polizeistrafrechts durchaus nicht im Plane des Gesetzgebers gelegen war, der Wortlaut des Gesetzes und die Einsicht in dessen Zusammenhang.

Gerade Goldschmidt selbst verfällt in den von ihm an den zeitgenössischen Schriftstellern gerügten Fehler, sich vom Boden der positiven Gesetzgebung zu entfernen, wenn er konsequent die Auffassung vertritt, daß mit jenem II. Teile der Josefina eine mehr oder weniger vollständige Kodifizierung des Verwaltungsstrafrechts beabsichtigt war. Für diese extensive Auffassung läßt sich auch nicht der Schein eines Arguments anführen, weil doch das Finanzstraf recht, soweit davon für jene Zeit überhaupt gesprochen werden kann, damals gleichwie vorher und nachher eine isolierte Stellung behauptete, die dessen Zusammenhang mit den andern Gruppen des Verwaltungsstrafrechts schlechterdings verleugnete.

Über die geschichtlich bezeugte Tatsache, daß neben den politischen Verbrechen noch eine ungezählte Menge von Delikten bestehen blieb, die der herkömmliche Sprachgebrauch der Gesetzgebung und der allerdings

---

dem Endzweck des Staates unterstellt; da sie aber von der „Vervielfältigung der Erwerbswege" abhängt, wird sie in den Grundsätzen von der alle Zweige der gesamten Volkswirtschaft umfassenden „Handlung" abgehandelt.)

Auf einem anderen Standpunkt scheint S. freilich im Handbuch der inneren Staatsverwaltung, 1798, I. S. 16, 77 zu stehen; doch vermißt man hier diejenige Klarheit, die ihm in seinen Grundsätzen eigen ist. Für die Erfassung des reinen Begriffs der innern Verwaltung war seine Zeit aber in der Tat noch nicht reif genug.



sehr dürftigen Literatur als Polizeivergehen bezeichnete[38]) und als eine besondere Deliktsgruppe anzusehen pflegte, setzt sich G.[39]) durch die beweislos stehende Annahme hinweg, „daß die sog. Polizeivergehen unter die politischen Verbrechen fielen.“ Gerade § 1, II. des Gesetzbuchs, aus dem G. diesen Schluß ziehen zu dürfen vermeint, spricht so wenig dafür, daß er vielmehr als Argument für die hier vertretene Ansicht angeführt zu werden verdient.

„Was als ein politisches Verbrechen zu behandeln sey, muß einzig durch gegenwärtiges Strafgesetz bestimmt werden. Die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich genannten Handlungen gehören unter die politischen Verbrechen nicht. Dennoch werden auch die übrigen gesetzwidrigen Handlungen von der öffentlichen Aufsicht nicht unbeobachtet, noch bei ihrer Entdeckung straflos bleiben, sondern nach den hierüber bestehenden besonderen Verordnungen behandelt werden.“[40])

So der Wortlaut des Gesetzes. Drastischer konnte wohl nicht der exklusive Charakter, der den politischen Verbrechen gegenüber den Polizeivergehen nach Absicht des Gesetzgebers zukommen sollte, zum Ausdruck gebracht werden. Und weiter! Mit der darin gelegenen Anerkennung der prinzipiellen Sonderstellung und Scheidung der politischen Verbrechen gegenüber den Polizeivergehen ist die Bedeutung des § 1, II. des Gesetzbuchs nicht erschöpft. Als weitaus belangvoller erweist sich diese Bestimmung, insofern durch sie ebenso wie durch § 1, I. d. GB. (Von den Criminalverbrechen und Criminalstrafen) der der Theresiana noch durchaus fremde Grundsatz „nullum crimen sine lege“ zum erstenmal in die österr. Strafgesetzgebung Eingang gefunden hat. Eine solche Beschränkung aber der Polizei in Ausübung ihrer Strafgewalt aufzuerlegen, konnte der polizeistaatliche Gesetzgeber, dem die Wahrung der absoluten Souveränität und die Verstärkung der Staatsmacht über alles gingen, unter keinen Umständen gesonnen gewesen sein. Sie schlüge einfach allen Erfahrungen und aller Geschichte ins Gesicht; sie wäre aber auch allen Sinnes und aller Ernstlichkeit bar gewesen, weil doch gleichwohl für die allmächtige Staatsgewalt in ihren absoluten büreaukratischen Formen die Möglichkeit erhalten geblieben war, Tatbestände, die man dem Polizeistrafrecht einzuverleiben gewillt war, einfach Polizeivergehen zu heißen oder schlechthin unter Polizeistrafe zu stellen, oder aber noch einfacher es in herkömmlicher Weise ohne vorherige spezielle Strafandrohung bei dem Verbot bezw. Gebot bewenden zu lassen. Und daß der Josefinische Polizei-

---

[38]) Um nur ein Beispiel aus der zahllosen Menge anzuführen: Verordn. v. 11. Julius 1796 (v. Barth-Barthenheim a. a. O. II. S. 130): „Ist ein Raufhandel ohne alle oder doch ohne solche Verletzungen des Körpers, welche Folgen zurücklassen, vorgefallen, so ist es ein bloßes Polizeyvergehen.“

[39]) a. a. O. S. 84.

[40]) S. auch Hofdekr. v. 7. Mai 1787; auf die Frage nämlich, „wie sich der Richter dießfalls zu benehmen habe, nachdem weder in dem ersten, noch zweiten Theile des Gesetzbuches Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey, fleischliche Vergehungen mit Ungläubigen und Blutschande, weder als Verbrechen noch als erschwerende Umstände ausdrücklich angeführt werden“, ward resolviert: „..... wird der Richter auf die beiden ersten Paragraphen des 1. und 2. Theiles des allgem. Gesetzes über Verbrechen und derselben Bestraffung unmittelbar angewiesen, worinnen deutlich ausgedrückt ist, daß keine Handlung als ein Criminal- oder politisches Verbrechen anzusehen und zu behandeln ist, welches durch gegenwärtiges Strafgesetz nicht als solches erklärt wird.“

staat, für den lex und imperium eine und dieselbe Quelle in dem Staatsoberhaupt hatten,[41]) hievon in der Tat ausgiebigsten Gebrauch gemacht hat, bedarf wohl nicht eines weitwendigen Nachweises. Man erinnere sich nur u. a. der zahlreichen Polizeiordnungen für die einzelnen Kronländer der Monarchie,[42]) wo Aufenthalt in Schankhäusern und Musik zur Zeit des Gottesdienstes, Kirchweihfeste, Spiele und Tänze an Werktagen, Possenspiele, fleischliche Wollust, Miedertragen u. dgl. mehr Gegenstand nachdrücklichster Verbote waren.[43]) Ganz unverhohlen gelangt übrigens jener Vorbehalt, nach Willkür Polizeideliktstatbestände aufzustellen und deren Verwirklichung zu ahnden, in dem die ganze Materie des Polizeistrafrechts beherrschenden Hofdekr. v. 3. Julius 1788 zum authentischen Ausdruck, indem es dort heißt: „Kleinere Vergehen (gegen die Polizeiwachen), sowie alle minderen Polizeiverbrechen sollen an Vermöglicheren mit Geld, an Unvermögenden mit angemessenem, nach Umständen auch mit Fasten verschärftem Arreste bestraft werden.“[44])

Es wäre also einer unverantwortlichen Täuschung gleichgekommen, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite in den „politischen Verbrechen“ einen Polizeistrafkodex mit dem Satze „nullum crimen sine lege“ hätte schaffen wollen, um auf der andern Seite zum Hohne darauf nach freiem Belieben Tatbestände jeglicher Art in das Polizeistrafrecht einzuschmuggeln.

Und außerdem liegt gar kein zwingender Grund vor, dem Polizeistaat jenen Grundzug der Ehrlichkeit und Offenlegung seiner Zwecke abzuerkennen, der ihm vielleicht mehr als jeder andern Staatsordnung eigentümlich ist. Diese Erwägung gilt insbesondere auch gegenüber der immer wiederkehrenden Zumutung, der Polizeistaat sei im hervorragendsten Maße bestrebt gewesen, das Gebiet der Justiz auf Kosten der Verwaltung einzuschränken. Nein wahrlich, so engherzig war der Polizeistaat nicht. Hatte er einmal die Justiz als seine organische Funktion anerkannt, so war dies voll und ganz geschehen. Woher war denn überhaupt für ihn die Nötigung gekommen, die Justiz im realen Leben walten zu lassen und ihr ein — sei es auch beschränktes Gebiet der Betätigung einzuräumen? Er hat sich in der Tat viel großmütiger bewährt, als wir ihn uns gemeiniglich vorzustellen pflegen.

---

[41]) S. Goldschmidt a. a. O. S. 557: „Der verwaltende Staat unterstand (eben) nur insoweit der Rechtsverfassung, als es ihm beliebte“; s. ferner Beidtel-Huber a. a. O. I. S. 399.

[42]) Z. B. für Steuermark, Kärnthen und Krain v. 31. Mai 1786; für Böhmen: Hofdekr. v. 11. Juni 1787; für Innsbruck v. 30. Januar 1795; für die Magistrate der Municipalstädte und Märkte des Landes Tyrol v. 3. Februar 1795.

[43]) Ausgiebiges Material darüber findet sich bei Barth-Barthenheim, System etc., 4 Bde., Kopetz, Österreichische politische Gesetzkunde, Wien 1807/19, 2 Bde. und in den dort angeführten Sammelwerken. — Nur beispielsweise seien angeführt: Dekr. d. Polizeihofstelle v. 16. Juni 1819, Reg.-Dekr. v. 19. August 1823 usw.: „Das Baden im Wienflusse ist strenge hintanzuhalten“; Hofkanzl.-Dekr. v. 18. April 1799: „Winkelschreiber können in Verhaft genommen oder abgeschafft werden.“ (Barth-Barthenheim a. a. O. III. S. 160, 307).

[44]) In Rücksicht der politischen Verbrechen blieb es jedoch bei der grundsätzlichen Bestimmung des § 8: „Die politische Obrigkeit ist in Ausmessung der Strafe an gegenwärtiges Strafgesetz gebunden. Sie kann daher die im Gesetze bestimmte Strafart nicht abändern, den festgesetzten Grad weder verschärfen noch lindern.“ Bemerkenswert scheint auch zu sein, daß gegen politische Verbrechen, den Fall des verbotenen Spieles (§§ 37 f.) ausgenommen, Geldstrafen nicht angedroht waren.

Auch ist zu bedenken, daß mit der Anerkennung dieses Prinzips das Polizeistrafrecht schon im Zeitalter Josefs II. ganz im Widerstreit mit der allgemein geschichtlich bezeugten Tatsache, daß sich die Reaktion gegen das willkürliche Polizeistrafensystem des absoluten Staates erst mit der Festigung der Idee der staatsbürgerlichen Freiheit in den großen organisatorischen Gesetzen des letzten Dezenniums des 18. Jahrhunderts erhob, auf einer Entwicklungsstufe angelangt wäre, zu der sich — wie noch unten auszuführen sein wird — selbst das geltende österr. Polizeistrafrecht noch nicht durchgerungen hat.

Vielmehr wird mit Goldschmidt[45]) zu sagen sein, daß dem Polizeistaat Josefs II. die Ideen von der Teilung der Gewalten viel zu fern lagen, als daß der Gedanke einer reinlichen Scheidung der Kriminal- und Polizeidelikte festen Boden zu gewinnen vermochte.[46])[47])

Am wenigsten vermag aber die von uns vertretene Auffassung durch den Hinweis auf die Tatsache, daß die politischen Verbrechen als solche nach § 6, II. d. GB. der Gerichtsbarkeit der politischen Behörden anheimfielen, erschüttert zu werden.

In dieser rein durch Zweckmäßigkeitsgründe geleiteten Kompetenzregulierung das untrüglichste Zeichen dafür zu erblicken, daß die politischen

---

[45]) a. a. O. S. 81.

[46]) Freilich hatte der Kaiser mit Entschließung vom 6. Mai 1783 auf den Vortrag der Komp.-Hofkommission v. 26. April 1783 resolviert: „ad 2. Hat die Compilation auch die politischen Strafgesetze auszuarbeiten, sobald sie aber mit dieser Ausarbeitung zustandegekommen, so wird sie solche der böhm.-österr. Kanzlei mitteilen, damit, wenn diese etwa einige Umstände dabey finden sollte, solche noch vorher, als Mir dieser Gegenstand zur Entschließung vorgelegt wird, in einer gemeinschaftlichen . . . Zusammentretung auseinandergesetzt werden möge.“ (Akt. d. Justizmin.).

Doch muß man davon abkommen, diesen Plan tiefgründiger aufzufassen, wenn erwogen wird, daß die politische Gewalt diesem Zeitalter im wesentlichen als Strafgewalt erschien, daher „politische Gesetze“ und „politische Strafgesetze“ als völlig identisch angesehen wurden, und es sich dem Kaiser in diesem Sinne nur um die Ausarbeitung der in das Politicum einschlagenden Gesetze (als Jagd- und Dienstbotenordnung u. dgl., s. Barth-Barthenheim a. a. O. passim) gehandelt haben konnte. Soviel steht jedenfalls nach dem bisher geschilderten Gange der Vorarbeiten fest, daß diese „Ausarbeitung der politischen Strafgesetze“ mit der später aufgekommenen Idee der Kodifizierung der politischen Verbrechen nichts zu schaffen hatte.

[47]) Auch die weitere auf den Wortlaut des Gesetzes gegründete Argumentation G.'s ist nicht von glücklicherem Erfolg begleitet und läuft im wesentlichen auf eine petitio principii hinaus. Aus der im § 2 ausgesprochenen Regel, daß „die Anschuldigung eines politischen Verbrechens aus der mit freiem Willen begangenen That fließt“, also eine gewillkürte Handlung erfordere, ergibt sich für G. die Folgerung, daß damit schon eigentlich prinzipiell ein aus dem Unrechtsbegriff folgendes Charakteristikum auf den Begriff der Verwaltungswidrigkeit übertragen worden sei. Unbewiesen bleibt aber dabei noch immer, daß das „politische Verbrechen“ im Sinne des Gesetzgebers „Verwaltungswidrigkeit“ war. Ebensowenig liegt ein Beweis dafür in der durch § 4 normierten Straflosigkeit des Versuchs, wenn sie auch ein unverzichtbares Postulat der Verwaltungssrafrechtstheorie ist. Die Versuchung liegt zu nahe, G. seine eigenen gegenüber Schilling gebrauchten Worte (a. a. O. S. 131, Anm. 44) mutatis mutandis entgegen zu halten: Wir wollen doch gerade erforschen, ob die Josefina unter „politischen Verbrechen“ die Verwaltungswidrigkeit verstand, nicht aber ihre Bestimmungen daraufhin untersuchen, ob sie auch der heutigen Auffassung eines Polizeidelikts entsprechen. — Aber auch G. selbst scheint von der Überzeugungskraft seiner aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeholten Argumente nicht ganz durchdrungen zu sein, wenn er a. a. O. S. 118 freimütig bekennt: „Hatten wir doch in Österreich das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts lediglich nach der Kompetenz der Gerichtsbarkeit festgestellt.“



Verbrechen das Polizeistrafrecht prinzipiell bildeten,[48]) ist u. E. durchaus verfehlt.[49])

Man erwäge nur, daß es erst Josef II. vorbehalten war, seine energische Hand an die Zerstörung des chaotischen Behördenmosaiks zu wenden, um eine nach feststehenden Prinzipien eingerichtete Organisierung der Gerichte anzubahnen. Voller Erfolg war ihm jedoch nur bei der Verminderung der Ortsgerichte und Beschränkung der Strafgerichtsbarkeit auf einzelne Gerichte größerer Gemeinden beschieden. Im übrigen blieb die eigene Gerichtsherrlichkeit der Dominien und die dadurch bedingte Vereinigung der Justiz mit der Verwaltung bestehen, indem das die Abschaffung der Strafgerichtsbarkeit der Patrimonialgerichte und die Einführung von landesfürstlichen und kollegial - organisierten Strafgerichten anordnende Pat. v. 20. August 1787 Nr. 712 JGS. überhaupt keine praktische Geltung erlangte.

Ebensowenig konnte die Verschiedenheit der Organisation der Behörden in den einzelnen Kronländern mit einem Male überwunden werden. Während nun einerseits das Streben auf tunlichste Beseitigung der zahllosen Instanzen gerichtet war, ließ sich auf der andern Seite nicht vermeiden, daß Justiz- und politische Geschäfte ungetrennt oder doch kaum geschieden ineinander liefen. So kam es dahin, daß im Gewirr der Josefinischen Reorganisationspläne bei Feststellung der Kompetenzen die Wahl unter den Behörden nur mehr eine beschränkte blieb und schließlich an dem Grundstock der Behördenorganisation, den Ortsobrigkeiten und Magistraten haften blieb. Hier vereinigten sich die gesamten Funktionen der obrigkeitlichen Gewalt, wenn auch durch die Gliederung der Magistrate in Senate für politische, Zivil- und Strafrechtsangelegenheiten für eine äußerliche Sonderung gesorgt war, während die Orts- und Dorfobrigkeiten auch darauf verzichten mußten und zur Ausübung der Gerichtsbarkeit über Kriminal- und politische Verbrechen ebenso wie zur Ahndung der Polizeivergehen kompetent waren.[50]) Wenn also nach dem Organismus der damaligen Verwaltung sowohl bei politischen Verbrechen, als auch bei Polizeivergehen mitunter die nämlichen Organe zur Ausübung der Strafgewalt berufen waren, so waren diese beiden Funktionen im Sinne des Gesetzgebers dennoch nach den verschiedenen dafür in Betracht kommenden Prinzipien auch verschieden geartet. Dort erschienen sie als Richter, hier als Organe der Polizeiverwaltung.[51])

---

[48]) S. Goldschmidt a. a. O. S. 85, 118.

[49]) Vgl. auch Beidtel-Huber a. a. O. S. 355.

[50]) Eine authentische Darstellung dieser Organisation findet sich in dem a. u. Vortrag d. obersten Justizstelle v. 8. Aug. 1788 Nr. 168 (Akt. des Justizmin.).

[51]) S. Beidtel, Untersuchungen über einige Grundlagen der Strafgesetzgebung, Leipzig 1840, S. 70 f., der richtig bemerkt, daß die polit. Verbrechen trotz ihrer Überweisung an die polit. Behörden „der Sache nach auch jetzt" fortdauernd als Justizgegenstand behandelt wurden, weil die vom Gesetze vorgeschriebenen Formen rein juridisch waren, indem sie mehr oder weniger auf erschöpfende Untersuchung und auf die Subsumtion des Falles unter die Gesetze gingen. „Wo aber solche Formen bestehen, macht der Name, welchen der Richter führt, keinen Unterschied."

Deutlich und authentisch genug scheint uns dafür auch das Hofdekr. vom 25. Juni 1787 zu sprechen, indem es dort wörtlich heißt: „Die politischen Verbrecher unterliegen ohne Unterschied des Standes der Gerichtsbarkeit derjenigen politischen Behörde, in deren Bezirke sie betreten werden; diese politische Behörde ist aber nicht das Kreisamt, sondern die Grundobrigkeit oder der Magistrat, insoweit nämlich die erstere mit einem ordentlich bestellten

Der wesentlich verschiedene Charakter, der den politischen Behörden bei Ausübung dieser Funktion vom Gesetzgeber beigemessen ward, tritt endlich in der Erscheinung hervor, daß sie lediglich für die Zwecke der Ausübung der Strafgewalt gegenüber den politischen Verbrechen mit einer ihrem Organismus angepaßten Prozeßordnung bedacht worden waren,[52]) während Polizeivergehen nach wie vor der typischen willkürlichen Ahndung unterworfen blieben.

Sind wir uns nun einmal nur darüber klar geworden, daß weder die Entstehungsgeschichte noch der Gesetzestext der Josefina der Auffassung,

---

Justiziar, der im Namen der Grundobrigkeit nach der bestehenden Vorschrift Recht zu sprechen hat, versehen, und der Magistrat zur Ausübung einer eigenen Jurisdiktion berechtigt ist." Demgegenüber brauchte wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß für die Ahndung der Polizeivergehen durch die Grundobrigkeit deren Besetzung mit einem Justiziar überhaupt keine Voraussetzung bildete. S. dazu auch Kudler a. a. O. S. 21 Anm. 2.

Einen interessanten Beleg für die allgemeine Verwirrung, der sich auch die Hofkommission in Gesetzsachen gegenüber den verschiedenen Funktionen einer und derselben obrigkeitlichen Stelle nicht zu entziehen wußte, bieten auch die „Grundsätze, nach welchen in dem neuen Criminalsystem die Criminalgerichtsbarkeit in den gesammten böhmisch-österreichisch-deutschen Erbländern bestimmt werden", zu denen Frhr. v. Roslio bemerkte: „Finde ich, daß einerseits die dermal bestehenden Landgerichte nicht von aller Last der Aburteilung durch die neuerrichteten Gerichte enthoben, wohl aber andererseits die dermaligen Civilobrigkeiten mit einer neuen Bürde überladen werden; indem z. B. jene Verbrechen, so im Criminalbuche nicht enthalten sind, die Landgerichte wie ehehin jedoch als Civil- oder politische Gerichte aburtheilen, die übrigen Ortsobrigkeiten aber über derlei Verbrecher, die sie ehehin den Landgerichten zur Untersuchung übergaben, selbst und auf eigene Kosten erkennen mußten." (Akt. d. Justizmin.).

Hieher gehört auch die Adresse des Gräzer Commissarius und 1. Bannrichters in Steyermarckt v. 2. April 1787 (Akt. d. Justizmin.), in der er ganz schlüssig dartut, daß die Funktion der politischen Richter eigentlich den Landgerichten nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes zukomme. Der A. H. Bescheid vom 1. Juni 1787 dürfte weder ihn noch die vermittelnde Instanz, das Inn.- und Ob.-Öst. Appell.-Ger. befriedigt haben, denn er lautete ganz bündig: „Da die vorgelegten Bedenken des Bannrichters nicht so viel eigentliche Zweifel über das derzeit schon bestehende Gesetz als vielmehr Anträge zur Verfassung eines neuen Gesetzes enthalten, so finde Seine Majestät über sämmtliche Punkte eine Erläuterung abzugeben nicht nöthig, sondern wird der Bannrichter nun auf die klaren Worte des Gesetzes verwiesen."

Im übrigen ist noch anzuführen, daß die Ahndung der überwiegenden Mehrzahl von Polizeivergehen, kaum daß das zunächst in Wien von Maria Theresia im Jahre 1754 eingeführte Institut der Polizeikommissäre im Jahre 1784 seine Ausgestaltung zu Polizeidirektionen in den Provinzialhauptstädten erfahren hatte, diesen zugewiesen wurde. (S. u. a. Kopetz, Österreichische politische Gesetzkunde, Wien 1807, I. S. 13 ff.)

[52]) „Wegen des Zusammenhanges mit dem Criminalwesen" erachtete man es für notwendig, infolge der auf den Vortrag der Kompilations-Hofkomm. v. 31. Jänner 1787 Nr. 640 JGS. erflossenen höchsten Resolution sämtlichen Appellationsgerichten „die Instrukzion für die politischen Behörden über die Anstrengung einer Inquisizion, Aburteilung und Strafvollziehung wider einen eines politischen Verbrechens Beschuldigten" mit Hofdekr. v. 5. März 1787 mitzuteilen. Es ist daher die Annahme begründet, daß diese Prozeßordnung für politische Verbrechen ihre Entstehung lediglich der Verzögerung des Zustandekommens der Kriminalgerichtsordnung, deren Publikation erst mit Pat. v. 17. Juni 1788 Nr. 848 JGS. erfolgte, zu verdanken hatte, indem die politischen Behörden bei rechtzeitiger Abfassung dieser Kriminalgerichtsordnung allenfalls auch darauf verwiesen worden wären. — Über die allgemein als zwingend erachtete Notwendigkeit dieser Emanation belehrt uns einigermaßen der a. u. Vortrag der Komp.-

daß die Polizeivergehen grundsätzlich unter die politischen Verbrechen fielen, irgend einen Anhaltspunkt gewähren, so ist damit auch die Erkenntnis gegeben, daß die Kriminal- und die politischen Verbrechen ganz gleichwertige Erscheinungsformen des gemeinen Strafrechts sind,[53]) deren Pönalisierung in gleicher Weise der ausschließliche Gesichtspunkt der Prävention zugrunde liegt, und daß zwischen ihnen insoweit sowohl nach der Absicht des Gesetzgebers als auch de facto ein lediglich nach dem Maße der Strafwürdigkeit gemachter rein quantitativer Unterschied besteht,[54]) der sich auf das Verhältnis zwischen politischen Verbrechen und Polizeivergehen auch nicht unter den mühseligsten Konstruktionen übertragen läßt.

Mit aller Entschiedenheit ist aber daran festzuhalten, daß die sogen. Polizeivergehen der für den absoluten Polizeistaat charakteristischen, sich grundsätzlich auch ohne vorherige spezielle Strafandrohung und schrankenlos betätigenden Polizeistrafgewalt anheimfielen, vor der sie auch die Schaffung des II., die politischen Verbrechen umfassenden Teiles der Josefina nicht zu bewahren vermochte. — Noch deutlicher aber hat sich dieses Bild in der folgenden Epoche gestaltet, der wir jetzt unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen.

II.

Bereits oben haben wir die innere Verwandtschaft zwischen den „politischen Verbrechen“ der Josefina und den den II. Teil des Strafgesetzes von 1803 bildenden „schweren Polizeyübertretungen“ angedeutet. Die Kontinuität zwischen diesen Entwicklungsgliedern ist jedoch keine unmittelbare. Sie wird unterbrochen durch den in dem sog. Westgalizischen Strafgesetz vom 17. Juni 1796 aufgestellten Begriff der „Civilverbrechen“.

Die im Josefinischen Strafgesetz gewählte Unterscheidung zwischen Kriminal- und politischen Verbrechen war allenthalben auf Gegnerschaft gestoßen. Von schwerstem Gewicht dürfte wohl das Votum der Wiener Juristenfakultät gewesen sein, die diese Einteilung schlechthin als „unlogikalisch“ verwarf und so den Anstoß zu der veränderten Benennung gegeben haben mochte. Allein auch diesmal ward noch nicht an eine in

Hofkommission v. 31. Jänner 1787 betreffend den Entwurf einer Belehrung über das Benehmen zur Inquirierung, Aburteilung und Strafvollziehung an einem politischen Verbrecher, wo es im Eingang heißt: „Die politischen Behörden sind hierin umso übler daran, als sie derzeit gar keine Anweisung haben, an die sie sich halten könnten, vielen aus denselben die Nem. Theresiana mit allen einstweilen eingetretenen Abweichungen und Mäßigungen ganz fremd ist, nebstdem die Obrigkeiten sich dießfalls auf untere Beamten derzeit verlassen müssen, die zu unbeschränktes Vertrauen in der That nicht verdienen.“ (Akt. d. Justizmin.).

[53]) S. Zeiller, Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung. Grundzüge zur Geschichte des Oesterreichischen Criminal-Rechts. Darstellung der durch das neue Criminalgesetzbuch bewirkten Veränderungen, sammt ihren Gründen, in dem Jährlichen Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterr. Erbstaaten, I., Wien 1806, S. 94: „Criminal-Verbrechen sind die vorsetzlichen, unmittelbaren und wichtigeren Rechtsverletzungen, politische Verbrechen die unvorsetzlichen, mittelbaren oder minder wichtigen Rechtsverletzungen.“

[54]) Im übrigen ist in dieser Trennung zwischen Verbrechen und minder schuldbaren Handlungen nicht eine durch die Josefina erst herbeigeführte Neuerung zu erblicken. In ihrem III. Teile hat schon „Des löblichen Fürstenthums Steyer Landt- und peinliche Gerichts-Ordnung“ Karls II. (v. 24. Dez. 1574) von „Unzuchten, so in Gericht begangen werden, und etlichen anderen Fällen, so das lauter Malefiz nicht betreffen“, gehandelt.

dem Strafgesetz vorzunehmende rationelle Abgrenzung des Polizeistrafrechts gedacht.[55]) Allerdings hatte die Idee der Gewaltenteilung jetzt schon so breiten Boden gewonnen,[56]) daß die Frage „wie weit über politische Strafurteile der Rechtsweg offen zu lassen sey" sich sehr brennend gestaltete und eine recht eingehende Behandlung im Schoße der Gesetzgebungshofkommission erfahren konnte,[57]) jedoch ganz gewichtige Bedenken auslöste; freilich waren die eben neu aufgekommenen staatsrechtlichen Begriffe noch viel zu wenig geläutert, um eine strenge Absonderung der „Polizeistraftaten" oder „politischen Gebrechen" („einfachen", „gemeinen Polizeivergehen") für die Zukunft zu verbürgen. — Interessant ist es zu erfahren, daß v. Keeß schon damals in ihnen ein gleichwertiges Seitenstück zu den „Bagatellhändeln" der Ziviljustiz zu erkennen glaubte und „die Ziehung einer erschöpfenden Grenzlinie für schwer, doch nicht für unmöglich" hielt.[58]) Ganz konsequent hatte er denn auch als Referent in jener Frage erklärt, „auch nie auf Zulassung des Rechtsweges in eigentlichen Polizeyfällen anrathen" zu können, womit er offenbar dem tiefen Gegensatz zwischen Justiz- und Polizeisachen, der sein Zeitalter in hervorragendem Maße beschäftigt hatte, deutlichsten Ausdruck verlieh.

Dieser Gesichtspunkt blieb auch bei der Abfassung des Haanschen Entwurfs, der am 17. Juni 1796 als sog. Westgaliz. Strafgesetz der Öffentlichkeit übergeben wurde, vorwaltend. Nun sollten die die Stelle der politischen Verbrechen vertretenden Zivilverbrechen, die sich von den Kriminalverbrechen rein quantitativ nur dadurch unterschieden, daß sie den Ruhe- und Sicherheitszustand im gemeinen Wesen weniger ver-

---

[55]) A. M. Goldschmidt a. a. O. S. 150, 165 unter Hinweis auf die neu aufgekommene Idee der Gewaltenteilung. Allein gerade darauf durfte sich G. am wenigsten berufen, weil es dann ganz unverständlich bleibt, wie der Josefinische Gesetzgeber, anerkanntermaßen ganz unbeeinflußt von dieser Theorie, der Realisierung der gleichen Absicht der Kodifikation des Polizeistrafrechts zugestrebt haben sollte.

[56]) Darüber belehrt uns ganz zuverlässig der a. u. Vortrag v. 10. Nov. 1792 (Akt. d. Justizmin.), wo es im Eingang heißt: „Die nämliche Verfassung, die diesen Zweifel erregt, macht seine Auflösung beschwerlich; denn einerseits ist in Euerer Majestät Ländern im politischen Fache die gesetzgebende und exequirende Gewalt concentriert, und diese sollte getrennt sein. Andererseits ist bei der gesetzgebenden und exequirenden Gewalt eine Absonderung nach den Justiz-, politischen, Cameralgegenständen, mit mehreren Unterabteilungen, und diese sollte concentriert sein."

[57]) Die böhmisch- und österr. Hofkanzlei hatte sich hiezu geäußert: „Kein Gesetz habe jemals bloße Polizeystraffälle in den Wirkungskreis der Justizstellen gezogen. Kein Gesetz könne dies jemals verfügen, ohne die öffentliche Ordnung zu stören, und die nachtheiligsten unübersichtbarsten Folgen nach sich zu ziehen. Wenn die politischen Gesetze befolgt werden sollen, so müßten ihre Übertreter ohne Verzug und auf der Stelle nach Erweis des Factums gestraft werden." (Akt. d. Justizmin.).

[58]) Weitaus skeptischer, aber auch unklarer war das Votum Martinis in seinem maßgebenden Inhalt gefaßt: „Die Erörterung der Frage, ob von den politischen Straferkenntnissen eine Berufung an eine höhere Gerichtsbehörde stattfinden könne, sey schon darum größeren Schwierigkeiten unterworfen, weil es doch nicht deutlich genug entschieden sey, welche Art von Vergehungen zu dem politischen und welche zu dem Criminalforo gehören. Pabst Alexanders VI. Einbildungskraft möge wohl leichter die Grenzen der neu erfundenen Welt bestimmt und den Flächeninhalt davon vertheilt haben, als die Rechtsgelehrten die Gränzlinie zwischen den politischen und Criminalverbrechen zu ziehen imstande sein werden." (Akt. d. Justizmin.).

letzten,[59]) wegen ihres Zusammenhangs mit den Kriminalverbrechen den nämlichen Landgerichten, welche über die Kriminalverbrecher die Gerichtsbarkeit haben, zur Untersuchung und Aburteilung zugewiesen werden (II. §§ 233 ff.),[60]) während mit dem A. H. Handbillet an den Direktorialminister vom 21. Juni 1794 der Auftrag ergangen war, „die bestehenden Polizeygesetze in ein eigenes System zusammenzufassen, über diesen wichtigen Zweig der öffentlichen Verwaltung ein ordentliches Gesetzbuch zu entwerfen, um gegen schädlichen Muthwillen, Frevel, Nachlässigkeit und Ungebührlichkeit eine bestimmte Ordnung herzustellen, wie solche von Seite der Hofcommission in Gesetzsachen mittels Überarbeitung und Verbesserung des Strafgesetzbuches gegen Verbrechen herzustellen getrachtet wird."[61])

Nach unserer Auffassung tritt hier zum ersten Male die gesetzgeberische Absicht, die kodifizierte Behandlung der Polizeidelikte einer besondern Gesetzesarbeit vorzubehalten, in die äußere Erscheinung. Unverkennbar war sie unter dem Einfluß der französischen Verwaltungsreformen der Revolutionszeit zustande gekommen, um von diesem Zeitpunkt an mit stetig wachsender Macht der gesetzlichen Realisierung zuzusteuern.

Hiebei ward an „eine Sammlung und Systemisierung der Polizeygesetze" in einem „Polizeycodex" gedacht, um den Untertanen eine möglichst verläßliche Zynosur über den Umfang der durch Strafe erzwingbaren Pflichten polizeilicher Natur zu gewähren, und abermals Sonnenfels mit dieser Aufgabe betraut.

Schon hatte man geglaubt, daß ihm die Beseitigung der wesentlichsten Schwierigkeit, „die bisher bestandene Unbestimmtheit über Bestimmung und die Grenzen der Polizey am richtigsten und ordentlichsten zu über-

---

[59]) Am deutlichsten geht diese rein quantitative Differenzierung (s. auch Goldschmidt a. a. O. S. 150 f.) aus den Eingangsparagraphen des Gesetzes hervor:

§ 1. Aus jeder Übertretung eines Gesetzes entsteht Verantwortlichkeit. Als Verbrechen können aber nur jene gesetzwidrigen Handlungen und Unterlassungen angerechnet werden, welche in diesem Gesetze für Verbrechen erklärt sind.

§ 2. Nach dem Verhältnisse, als die Verbrechen den Ruhe- und Sicherheitszustand im gemeinen Wesen verletzen, werden sie in Criminalverbrechen und Civilverbrechen eingeteilt.

§ 3. Unter der angenommenen Benennung der Criminalverbrechen werden jene verstanden, welche ihrer größeren Schädlichkeit halber schwereren Strafen unterworfen sind.

§ 4. Als Civilverbrechen werden jene angerechnet, welche der vorigen Gattung zwar nahekommen, aber doch ihrer Natur nach einer mehreren Gelindigkeit Platz lassen.

§ 5. Andere Übertretungen sollen darnach, als sie gegen Polizeyverordnungen, Gefäll-Einrichtungen oder bürgerliche Gesetze verstoßen, nach den darüber vorhandenen eigenen Vorschriften und von den dazu bestimmten Behörden abgehandelt werden.

[60]) So auch die Note der Hofkommission in Gesetzsachen an die oberste Justizstelle v. 5. Julius 1794 Nr. 2183 (Akt. d. Justizmin.) unter Berufung auf den neu aufgekommenen „Grundsatz, kein Verbrechen anders als auf dem ordentlichen Justizwege untersuchen und beurtheilen zu lassen."

[61]) Akt. d. Justizmin. — Man beachte, daß es sich für das Polizeistrafrecht darum handelte, ein neues ordentliches Gesetzbuch erst zu entwerfen, während gegenüber dem Kriminalrecht nur an eine „Überarbeitung und Verbesserung" des bestehenden Gesetzbuchs gedacht wurde.

winden," in seinem Entwurf gelungen wäre.[62]) Doch nur zu bald mußte die Erkenntnis der Schwierigkeit dieses Unternehmens, das Polizeistrafrecht auch nur einigermaßen vollständig zu kodifizieren, Platz greifen. Der Kaiser hatte hiebei ein Werk vor Augen gehabt, das gleichzeitig mit dem Strafgesetz hätte zustande gebracht werden sollen. Aber selbst Sonnenfelsens zäheste Tatkraft mußte sich gegenüber dieser Aktion als völlig unzureichend erweisen.

Ganz unabhängig davon war die Neuredigierung des Strafgesetzes in Angriff genommen worden. Aber auch diesmal war die gesetzgeberische Absicht unverkennbar zunächst nur darauf gerichtet, neben den Kriminalverbrechen der Kategorie der mindern Verbrechen, „der Verbrechen zweiter Klasse",[63]) deren Bezeichnung als „Civilverbrechen" allenthalben Widerstand gefunden hatte, einen Unterschlupf zu gewähren; und erst im Laufe der Realisierung dieses Planes brach sich der Gedanke Bahn, mit dieser Deliktsgruppe die „schwereren Polizeyfälle" zu einem II. Teile des Strafgesetzes zusammenzuschweißen.[64])

Wieder war der geradezu verhängnisvolle Einfluß der wissenschaftlichen Richtung Sonnenfelsens hier vorherrschend, der jede Rechtsverletzung unter dem polizeilichen Gesichtswinkel der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit aufzufassen gewohnt war und sich daher unter Verzicht auf alle doktrinellen Erwägungen umso leichter zu einer nur rein äußerlichen Verbindung des „Strafcodex der Verbrechen" mit denjenigen schwereren Polizeifällen verstehen konnte, „welche mit den in dem allgemeinen Strafgesetze behandelten Gegenständen zunächst zusammenhängen und nach diesem Zusammenhange als ein notwendiger Ergänzungstheil desselben zu betrachten wären," weil „deren Verhinderung dem ge-

---

[62]) In seinem den Materialien angeschlossenen „Umriß des Polizeycodex" hatte Sonnenfels nämlich einleitend ausgeführt: „Der Zweck der Polizey ist die den Gesetzen zur Seite gestellte Hintanhaltung aller Ereignungen, welche die öffentliche Ordnung stören können. Diese Ereignungen sind entweder schädliche Handlungen oder schädliche Zufälle." (Akt. d. Justizmin.).

[63]) So im a. u. Vortrag der Hofkommission in Gesetzsachen v. 12. April 1794 (Akt. d. Justizmin.).

[64]) S. „Protocoll über die bei der Hofcommission in Gesetzsachen abgehaltene Sitzung v. 18. Juny 1798. Referat des Hofr. v. Sonnenfels über den von ihm bearbeiteten Entwurf des 2. Buches des Strafgesetzes:

Hofrath Sonnenfels mache die Einleitung zu diesem Vortrage mit der Erinnerung: die Commission sey in ihren Berathschlagungen am 31. July und 4. August v. J. einig geworden, daß die in dem Entwurfe des Strafgesetzes gebrauchte Benennung von Criminal- und Civilverbrechen aufgehoben, erstere zur Vermeidung der Tautologie, die in dem Worte Criminalverbrechen liegt, mit dem richtigeren Ausdrucke Verbrechen bezeichnet, die bisher sog. Civilverbrechen die Benennung schwere Polizeyübertretungen erhalten, zugleich aber die letzteren nicht unmittelbar nach jedem Verbrechen, mit dem sie in Verbindung stehen, eingerückt werden sollen; sondern daß mit einer gänzlichen Absonderung in dem Buche dasjenige, was die Verbrechen betrifft, in dem 1., was aber zu den schweren Polizeyübertretungen gehört, im 2. Buche behandelt, und letztere von ihm, dem Referenten entworfen werden sollen." (Akt. d. Justizmin.). — Eine klare Darstellung dieses Entwicklungsganges gibt auch Appellationsrat v. Zeiller in den Protokollen der k. k. Hofkommission in Gesetzsachen über die Sitzungen v. 26. April und 10. May 1802: „Ursprünglich hat dieser Entwurf nur aus 2 Theilen, nämlich von den Verbrechen und Strafen; und von dem Verfahren bei Verbrechen bestanden und außer den bisher immer sogen. Criminalverbrechen, zugleich auch unter der Benennung der Civilverbrechen mehrere von den in dem Josefinischen Strafgesetze vorkommenden politischen Verbrechen, nämlich diejenigen enthalten, welche zwar ebenfalls vorsätzlicher Weise begangen werden, aber doch in einem minderen Grade der Sicherheit nachtheilig sind. Sogleich bei Anfang der Berath-

meinen Wesen gewissermaßen von nicht geringerer Wichtigkeit als die Verhinderung der Verbrechen selbst ist."[65])

Schon der bisher geschilderte Gang der Vorarbeiten zu dem StG. von 1803 wird kaum einen Zweifel darüber übrig lassen, daß an eine Kodifizierung des Verwaltungs- (Polizei-)strafrechts innerhalb des II. Teiles des Gesetzbuches auch nicht im entferntesten gedacht worden war, und daß die ganz unvermittelte Aufnahme von Tatbeständen polizeilicher Natur in das StG. weniger ein Ergebnis theoretischer Erwägungen und Distinktionen als eines momentanen praktischen Bedürfnisses war.

Entscheidend fällt hiebei aber noch folgende Erwägung ins Gewicht. Wenn Sonnenfels im Zuge seiner Beschäftigung mit der Abfassung des Polizeikodex die „schwereren Polizeyfälle" der Materie der Verbrechen angliederte, weil deren Zusammengehörigkeit seiner wiederholt geäußerten wissenschaftlichen Überzeugung und damit der gesetzgeberischen Anschauung entsprach,[66]) so kann sein Standpunkt nicht anders als in dem Sinne gedeutet werden, daß für ihn die einfachen Polizeidelikte und jene „schwereren Polizeyfälle" wegen ihres als generisch angenommenen Unterschieds auseinanderfielen. — Wäre seine Auffassung eine andre gewesen, dann hätte es ihr wohl am ehesten entsprochen, die „schweren Polizeyfälle" dem Polizeikodex einzuverleiben. Ihre Bekräftigung wird diese Erwägung noch durch die weiter unten folgenden Äußerungen Sonnenfelsens erhalten.[67])

Es muß nämlich zugestanden werden, daß eine vollständige Kodifizierung des Polizeistrafrechts auch noch später, nachdem das Unternehmen einer Sammlung sämtlicher Polizeigesetze scheinbar bereits endgültig gescheitert war, neuerdings ins Auge gefaßt wurde. Vor allem war es v. Keeß, der den Wunsch äußerte, „daß das Strafgesetz sich nicht bloß auf die schweren Polizeyübertretungen beschränken, sondern überhaupt alle Polizeyfälle begreifen möge," worauf aber Sonnenfels erwiderte: „daß alsdann das ganze System geändert und anstatt eines bloßen Strafgesetzbuches ein ordentlich ausgeführter Polizeycodex ent-

schlagung habe aber der Stimmführende sich zu der Bemerkung veranlaßt gefunden, daß durch das neue Strafgesetzbuch das bisher bestehende Josefinische außer Kraft gesetzt werden solle; und daß es daher nothwendig sey, auch diejenigen politischen Verbrechen, welche noch außerdem in dem Josefinischen Strafgesetzbuche enthalten sind, aber in dem Entwurfe nicht aufgenommen worden sind, in einem besonderen Theile des Strafgesetzbuches zu sammeln. Diese Bemerkung hat die Veranlassung gegeben, daß Hofr. v. Sonnenfels einen 2. Theil des Strafgesetzbuches bearbeitete, welches die schweren Polizeyübertretungen und das dabei zu beobachtende Verfahren zum Gegenstande hat." (Akt. d. Justizmin.).

[65]) So Sonnenfels in seinem darauf Bezug nehmenden, in der Kommissionssitzung v. 31. Juli 1797 vorgetragenen Referat. (Akt. d. Justizmin.).

[66]) Eine scharfe Mißbilligung dieses Vorgangs schon bei Roßhirt im N. Arch. d. Crim. R., XII., S. 304.

[67]) S. auch das Referat des Appellationsrates v. Zeiller über die Erinnerungen der Länderdeputationen zum Strafgesetzentwurf v. 31. Oktober 1797, wo bei Darlegung der Vorzüge der unter Leopold II. vorgenommenen Revision angeführt wird: „. . . . . b) Mit Aufhebung der Eintheilung der Verbrechen in criminelle und politische, deren letztere der Beurteilung der politischen Obrigkeit unterlagen, hat man die minderen Verbrechen unter dem Namen der Civilverbrechen ebenfalls dem ordentlichen Gange der Gerechtigkeitspflege und wegen ihres Zusammenhanges mit den Criminalverbrechen den nämlichen Landgerichten, die unvorsätzlichen Störungen der Sicherheit oder der bürgerlichen Ordnung zuwiderlaufenden Handlungen hingegen hat man dem Polizeycodex zugewiesen." (Akt. d. Justizmin.).

worfen werden müßte, der nebstdem, daß er nicht hieher, sondern zu dem Civilgesetzbuche als dessen II. Theil gehört, auch zu einem sehr voluminösen Werke erwachsen würde."[68]) Und als gar der Oberstlandrichter v. Haan sich in der Sitzung vom 9. Juli 1798 in der Verkennung der gesetzgeberischen Absichten bis zu der Annahme verstieg, daß unter die schweren Polizeiübertretungen auch mindere unbedeutende Fälle mit aufgenommen würden,[69]) fand Sonnenfels als Referent auch sofort die geharnischten Worte: „Weswegen hätte man dann die Unterscheidungsbezeichnung von schweren Polizeyfällen angenommen, wenn die Gesetzgebung im Widerspruche mit sich selbst, unter die Rubrik schwere Polizeyübertretungen auch geringe einreihte?" „Und könne Referent nicht umhin," fuhr er fort, „auf den auffallenden Übelstand aufmerksam zu machen, da im V. Satze des I. Theiles verordnet wird: nur was in diesem Strafgesetze als schwere Polizeyübertretung erklärt wird, ist als eine solche anzunehmen, — daß wenn auch geringe Fälle aufgenommen würden, das Gesetz einigermaßen verordnete: geringe Fälle für schwere Polizeyübertretungen zu halten. Es sey ihm daher für den Verfolg seiner Ausarbeitung wichtig, abermal und abermal auf die in der Einleitung enthaltenen und die Eigenschaft der schweren Polizeyübertretungen bestimmenden III., IV. und V. Sätze zurückzuweisen, nach denen die Schwere, und Wichtigkeit der Polizeyübertretungen nicht von der Handlung die Beeigenschaftung erhält, sondern von der möglichen Größe der schädlichen Folgen, denen als Verbrechen unwiderbringlichen Nachtheilen vorzubeugen, die Sorgfalt der Gesetzgebung dabei zum Grundzwecke nimmt, dafern sie aber dieses erreichen soll; so findet sie sich umso mehr in die Nothwendigkeit gesetzt, starke abhaltende Beweggründe anzuwenden, je mehr sonst die Leichtigkeit zu solchen Handlungen einladen würde."[70])

---

[68]) Akt. d. Justizmin. — Im Jahre 1808 wurde dieser Plan wieder aufgenommen und die Hofkommission in politischen Gesetzsachen konstituiert, welche die bisher zerstreuten politischen und Kameralgesetze in einen systematischen Kodex zu sammeln beauftragt war. Ihre rege Tätigkeit unter der Leitung Rottenhans, an dessen Stelle dann Grf. v. Chotek trat, denen als ständiger Vizepräsident Sonnenfels beigegeben war, hat jedoch bis zu der am 2. März 1818 erfolgten Auflösung keine greifbaren Resultate zu Tage gefördert. Vgl. Maassburg, Geschichte der obersten Justizstelle in Wien, 1891, S. 310, Pratobevera in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, I. 1814, S. 242 f.

[69]) So auch Goldschmidt a. a. O. S. 156 und offenbar auch die herrschende Lehre, worin aber eben deren Kardinalfehler liegt.

[70]) Akt. d. Justizmin. — Gegensätzliche Bedenken waren dem böhmischen Appellationsgericht aufgestiegen. Dieses hatte nämlich unter Hinweis auf die Einleitung des Entwurfs, wo es hieß, daß Übertretungen gegen Polizeianordnungen etc. nach den darüber vorhandenen eigenen Vorschriften abzuhandeln wären, ausgesprochen: „Dieses vorausgesetzt scheine also, daß das eigentliche Strafgesetzbuch künftig aus 3 Theilen bestehen werde, wovon der 1. Theil die Verbrechen, der 2. die schweren Polizeyübertretungen, und der 3. die minderen Polizeyübertretungen enthalten werde." [So in der „Note der Hofcommission in Gesetzsachen v. 27. Okt. 1801 auf das Berichtschreiben der ver. Hofstellen (v. 14. Okt. 1801) über die Bedenklichkeiten, die bei dem böhmischen Appellazionsgerichte in Ansehung der Beurteilung des 2. Theiles von dem Strafgesetze über schwere Polizeyverbrechen entstanden sind." (Akt. d. Justizmin.)]. — Dieser „Bedenklichkeit", die im übrigen auch die Länderkommissionen von Niederösterreich, Böhmen u. a. geteilt hatten, begegnete Sonnenfels auf folgende Weise: „Sie ist die sonderbarste unter allen. Denn da in der dem 2.

Damit ist eigentlich der Grundfehler der Goldschmidtschen Auffassung, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die der Aburteilung der politischen Behörden vorbehaltenen sog. schweren Polizeiübertretungen des II. Teiles des GB. zusammen mit den außerhalb des GB. in Verordnungen der Verwaltungsbehörden mit Strafe bedrohten Übertretungen den Verbrechen des I. Teiles des GB. gegenübergestellt werden sollten, klar aufgedeckt. Denn sobald einerseits die Erkenntnis gegeben ist, daß die Annahme einer Wesensgemeinschaft zwischen Polizeivergehen und schweren Polizeiübertretungen von Seite des Gesetzgebers, den wir füglich mit der Persönlichkeit Sonnenfelsens identifizieren dürfen, die entschiedenste Mißbilligung erfahren hat, wir aber anderseits zugestehen müssen, daß die sog. Polizeivergehen den einzig richtigen Begriff der Polizeidelikte aufweisen,[71]) kann sich kein unbefangen Denkender der Einsicht verschließen, daß in den schweren Polizeiübertretungen eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Kodifikation des Polizeistrafrechts par exellence vergeblich zu suchen ist.[72])

In ausreichendem Maße scheinen uns diese Ausführungen, die noch lange nicht sämtliche in den amtlichen Materialien zu der Josefina und dem StG. von 1803 sich darbietenden Beweisquellen erschöpfen, die Auffassung zu begründen, daß die schweren Polizeiübertretungen ebensowenig wie die politischen Verbrechen nach dem Willen des Gesetzgebers das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts bildeten, daß vielmehr zwischen ihnen und den Kriminalverbrechen nur ein quantitativer Unterschied als bestehend angenommen wurde,[73]) und lediglich die sog. Polizeivergehen

---

Theile des Entwurfes vorgesetzten Vorerinnerung ausdrücklich bedeutet wird: „Bei einer wiederholten Übersicht boten sich indessen noch mannigfache und zahlreiche Übertretungen an, etc.", so ist gar nicht abzusehen, wie das Appellazionsgericht auf den Gedanken hat gerathen können, daß noch ein 3. Theil des Strafgesetzes für mindere Polizeyübertretungen abgefaßt werden müsse. In dem § VI der allgem. Einleitung ist die Bestimmung enthalten: „daß die Behandlung und Bestrafung aller anderen Uebertretungen den dazu bestimmten Behörden nach den darüber vorhandenen Vorschriften vorbehalten bleibt" und es ist . . . . keiner Landesstelle beigefallen, die Erinnerung zu machen, daß für diese Uebertretungen ein Theil des Strafgesetzes abgefaßt werden müßte." (Akt. d. Justizmin.).

[71]) S. auch Goldschmidt a. a. O. S. 157.

[72]) Eine ungezählte Menge von Belegen für die Unrichtigkeit jener Auffassung liefert im übrigen Barth-Barthenheim in seinem zit. großen Sammelwerk. Nur ein einziges, ganz wahllos herausgegriffenes Beispiel mag hier Erwähnung finden, so die Kundmachung der Nied.-Österr. Regierung v. 15. April 1796, die auf Grund A. H. Entschließung bestimmt: Das Tragen der Staatsbeamten-Uniform von Personen ohne Unterschied, die keine wirklichen Staatsbeamten sind, ist an und für sich eine unerlaubte strafbare Handlung. Geschieht solches bloß aus Eitelkeit oder aus absichtslosem Muthwillen, so ist es als ein Polizey-Vergehen anzusehen und von derjenigen Behörde, welcher die Amtshandlung über solche Vergehungen überhaupt zusteht, mit verhältnismäßigen arbitrarischen Geld- oder Arreststrafen unnachsichtlich zu ahnden. Ist aber eine solche Anmaßung der Uniform, zugleich mit den in dem I. Theile des allgemeinen Strafgesetzbuches § 178 lit. b) und in dem II. Theile desselben § 88 ausgedrückten Handlungen verbunden; dann sind solche als ein erschwerender Umstand anzusehen und nach der vollen Strenge dieser Gesetze zu bestrafen." S. ferner Circ. d. Nied.-Öst. Reg. v. 3. December 1828 (§ 12), das die Gliederung zwischen Verbrechen, schweren Polizeiübertretungen und Polizeivergehen strikt aufrecht erhält. (Barth-Barthenheim a. a. O. III. S. 237).

[73]) S. auch Goldschmidt a. a. O. S. 154, ferner Jenull, Das Österr. Criminal-Recht, 1808 I., S. 104, wo die ganze Unterscheidung im wesentlichen auf den Unterschied zwischen beträchtlichen und unbeträchtlichen Rechtsverletzungen abgestellt wird. Sehr richtig Kopetz a. a. O. II. 702 f., wenn er die

nach gesetzgeberischer Anschauung eine besondere, qualitativ differenzierte Deliktskategorie repräsentierten, deren Eigenart sich darin manifestierte, daß sie ganz im Einklang mit den hergebrachten Erscheinungsformen ihrer praktischen Behandlung der ohne vorhergegangene besondere Strafandrohung und schrankenlos sich betätigenden Polizeistrafgewalt überlassen blieben.[74])

An diesen Feststellungen, die zugleich das positive Ergebnis in sich tragen, daß wir nach gesetzgeberischer Absicht in den sog. Polizeivergehen den Grundstock des Polizeistrafrechts zu erblicken haben, glauben wir uns aber auch zur Vermeidung aller Weitschweifigkeiten genügen lassen zu dürfen.

Bereits oben haben wir angedeutet, welche Bedeutung und Tragweite der Entstehungsgeschichte des Gesetzes in der uns beschäftigenden Frage beizumessen ist. Denn mag auch sonst bei Verwertung der Materialien des Gesetzes zur Erforschung des gesetzgeberischen Willens die äußerste Vorsicht geboten sein, weil das Gesetz allein als autoritativer Wille ange-

---

Größe der Verletzung der Sicherheit und die gefährlichere Beschaffenheit der Umstände als die ausschlaggebenden Kriterien hervorhebt; ähnlich Zeiller, Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung usw., a. a. O. S. 99. — S. auch die dem Druckexemplar des Strafgesetzentwurfs (II. Teil) in der Textierung v. 1800 angeschlossene Vorerinnerung für die Länderkommissionen: „Um den Berathschlagungen über die neue Abtheilung des Strafgesetzes eine bestimmte und gleichförmige Richtung zu geben, ist es notwendig, daß die Commissionen über die Veranlassung zur Bearbeitung und über den eigentlichen Gegenstand desselben, in ein näheres Kenntnis gesetzt werden. Schon bei dem vorausgegangenen Entwurfe des neuen Strafgesetzes fand man sich durch wichtige Gründe bewogen, die in dem gegenwärtig noch bestehenden Strafgesetze angenommene Benennung von politischen Verbrechen abzuändern und dafür die minderen Verbrechen, als bloß dem Grade nach unterschieden, unter der Benennung Civilverbrechen, überall sogleich nach denjenigen Criminalverbrechen zu ordnen, mit denen sie der Gattung nach übereinkommen: Und da man infolge dieser Zusammenstellung die Gerichtsbarkeit auch in Ansehung der Civilverbrechen den Landgerichten zuwies, so sollte dadurch zugleich das Verfahren mit denselben an einen genaueren Gang gebunden werden, als die über das Verfahren bei den politischen Verbrechen vorhandene, sehr zusammengezogene Instrukzion erwarten läßt. Bei einer wiederholten Übersicht boten sich indessen noch mannigfache und zahlreiche Übertretungen an, die der Gattung nach unter den Rubriken der Criminalverbrechen eingereiht zu werden, keinen Platz fanden, die aber für die gemeinschaftliche Ordnung und Ruhe von zu gefährlichem Einflusse sind, um nicht die öffentliche Sorgfalt besonders zu erwecken, und ihre Tätigkeit aufzufordern, denselben durch strengere Strafen, nach Möglichkeit Einhalt zu tun. Die Eigenschaft dieser Uebertretungen schien am zusagendsten sich durch die Benennung schwere Polizeyübertretungen bezeichnen zu lassen.“ (Akt. d. Justizmin.).

[74]) S. dazu aus dem Protokoll über die bei der Hofkommission in Gesetzsachen abgehaltene Ratssitzung v. 11. November 1799 betreffend das Verfahren in schweren Polizeiübertretungsfällen: „ . . . da die schweren Polizeyübertretungen in der Mitte zwischen Verbrechen oder Criminalfällen und den geringeren Polizeyfällen stehen, die Vorschrift also zu dem in Vortrag kommenden ordentlichen Verfahren sich auf letztere nicht zu erstrecken hat. Von einem solchen Verfahren findet sich übriger Weise nichts oder nur äußerst wenig vorgearbeitet, die Ursache sei, weil diejenigen Übertretungen, welche hier durch die Benennung schwere Polizeyübertretungen bezeichnet sind, nie als eine eigene Gattung, sondern entweder als dem Grade nach mindere Verbrechen oder als bloße Polizeyfälle bestraft wurden. Hierdurch geschah, daß sie der 1. Eigenschaft nach zu hart, namentlich mit der Strenge des Criminalverfahrens, in der 2. Eigenschaft ohne alle Richtschnur gelassen willkürlich oder, wie man es nannte, bloß polizeymäßig behandelt wurden.“ (Akt. d. Justizmin.).



sehen zu werden verlangt, — über die unverbindliche Absicht, die waltende Gedankenrichtung des Gesetzgebers, die hier allein in Frage kommt, wird wohl kaum ein anderes Auslegungsmittel zuverlässiger zu belehren imstande sein. Denn gerade die Übersicht über die Entstehung und Ausbildung des Gesetzes ist am ehesten imstande, uns die vollkommen richtige Erkenntnis seines wahren Sinnes und Zweckes zu vermitteln. Auffallender als irgendwo tritt hier bei Erforschung der persönlichen Auffassung des Gesetzgebers die Bedeutung des Wortlauts des Gesetzes, auf den sich Goldschmidts Ausführungen in einem das Zulässige weit überschreitenden Maße stützen, ganz in den Hintergrund zurück.

Man wolle nur erwägen, daß auch G. keinen Moment darüber im Zweifel ist, daß die schweren Polizeiübertretungen so wenig wie die politischen Verbrechen rationell Verwaltungsdelikte darstellen, daß also insofern die von ihm dem Gesetzgeber imputierte Absicht einer Kodifizierung des Polizeistrafrechts innerhalb des StGB. als in der Ausführung kläglich gescheitert angesehen werden müßte. Haben wir nun aber einmal Klarheit darüber gewonnen, daß diese Absicht überhaupt niemals bestanden hatte, indem stets das Bewußtsein der spezifischen Eigentümlichkeiten der Polizeivergehen, insbesondere „ihrer sich selbst überlassenen Behandlung“[75]) lebendig geblieben war, deren Subsumtion unter die schweren Polizeiübertretungen bezw. politischen Verbrechen die entschiedenste und authentischeste Mißbilligung erfahren hatte, dann ist es nicht nur ein vergebliches Bemühen, sondern auch ein offenbarer Widerspruch in sich selbst, die Lösung der Streitfrage ausschließlich aus dem Wortlaut des Gesetzes gewinnen zu wollen, in dem jene vermeintliche Absicht anerkanntermaßen keine Verwirklichung gefunden hat.

Umso verfehlter geht daher Goldschmidt vor, wenn er bei der kritischen Prüfung der gesetzlichen Bestimmungen die theoretisch gestellten Anforderungen als entscheidenden Maßstab verwertet und, so in das Gesetz seine subjektiven Vorstellungen hineintragend, dem Gesetzgeber doktrinelle Erwägungen imputiert, die diesem offensichtlich ganz ferngelegen haben.[76])

Dies gilt insbesondere auch gegenüber den Bestimmungen der §§ 1,[77])

---

[75]) So in dem in der vorigen Note zit. Protokoll v. 11. November 1799.

[76]) Freilich muß zugestanden werden, daß der Gesetzgeber es in kaum zu billigender Weise unternommen hat, in dem KP. und der Einleitung des StGB. wissenschaftliche Kontroversen durch authentische Manifestationen der Motive des Gesetzes zu lösen, jedoch infolge deren Lückenhaftigkeit diesem Ziele nicht um vieles näher gekommen ist. Vgl. v. Hye-Glunek, Das österr. Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen v. 27. Mai 1852, Wien 1855, S. 22 ff.

Die richtigste Auffassung wird wohl von Sonnenfels selbst vertreten, wenn er in der Sitzung der Hofkomm. in Gesetzsachen vom 13. September 1802 bemerkt: „Die Sätze der Einleitung sind nämlich nicht als praktische Dispositivsätze, den Gerichtshöfen zur Richtschnur und Befolgung aufgestellt, sondern bloß als theoretische und gleichsam metaphysische Sätze, um die Gesichtspunkte anzudeuten, wornach die Gesetzgebung die strafwürdigen Handlungen im gegenwärtigen Strafgesetze unterzutheilen und zu reihen befunden hat.“ (Protokolle d. Hofc. in Gesetzsachen über die Erinnerungen der Ländercommissionen zum Entwurf des Strafges. II. Theil, Akt. d. Justizmin.).

[77]) „Die schweren Polizeyübertretungen sind insgesammt Handlungen oder Unterlassungen, die jeder als unerlaubt von selbst erkennen kann; oder, wo der Übertreter die besondere Verordnung, welche übertreten worden, nach seinem Stande, seinem Gewerbe, seiner Beschäftigung, oder nach seinen Verhältnissen zu wissen verpflichtet ist. Die Unwissenheit kann also bei schweren Polizeyübertretungen nicht entschuldigen.“

5,[78]), deren Zustandekommen und Sinn allerdings nur durch die Aufnahme von rationellen Polizeidelikten in das Gesetzbuch verständlich wird, und die insofern eine Konzession an diese besondere Materie bedeuten. Allein die richtige Einsicht, daß diese Bestimmungen sich gegenüber der überwiegenden Mehrzahl der schweren Polizeiübertretungen nicht bewähren,[79]) muß ausschlaggebend sein für die Erkenntnis, daß diesen singulären Bestimmungen eine generelle, die ganze Materie der schweren Polizeiübertretungen beherrschende Bedeutung überhaupt nicht zugedacht war, und daher der dem II. Teile des StGB. von 1803 von Goldschmidt vindizierte Charakter einer Kodifikation des spezifischen Polizeistrafrechts den tatsächlichen Verhältnissen ebensowenig wie den „theoretisch gestellten Anforderungen"[80]) entspricht.[81])

Soweit schließlich doch dem Wortlaut des Gesetzes für die Beurteilung des Verhältnisses der schweren Polizeiübertretungen zu den sog. Polizeivergehen, die im Sinne unserer Auffassung als das spezifische Polizeistrafrecht von dem Gesetzgeber angesehen wurden, nicht jeder Wert aberkannt werden kann, kommt hier u. E. lediglich die „von den Gegenständen des Strafgesetzes" handelnde Einleitung in Betracht, die im VI. Satze dem in der Josefina für das gemeine Strafrecht aufgestellten Grundsatz: nullum crimen sine lege durch die Worte: „Als ein Verbrechen jedoch, und ebenso als eine schwere Polizey-Übertretung kann nur dasjenige behandelt und bestraft werden, was in diesem Strafgesetze ausdrücklich für ein Verbrechen oder für eine schwere Polizey-Übertretung erkläret wird" — Ausdruck verleiht, und im VII. Satze bezüglich der andern Übertretungen hervorhebt, daß deren „Behandlung und Bestrafung den dazu bestimmten Behörden, nach den darüber vorhandenen Vorschriften vorbehalten bleibt." Deutlich erhellt auch daraus die Auffassung des Gesetzgebers, daß diese andern Übertretungen, unter die nach übereinstimmender Anschauung vor allem die sog. Polizeivergehen gezählt wurden, nach seiner Absicht eine besondere Deliktskategorie repräsen-

[78]) „Schon die gegen ein Verbot vollbrachte Handlung, oder gegen ein Gebot geschehene Unterlassung ist an sich eine schwere Polizey-Übertretung, obgleich weder eine böse Absicht dabei mituntergelaufen, noch Schaden oder Nachteil daraus erfolget ist."

[79]) S. auch Goldschmidt a. a. O. S. 161.

[80]) Goldschmidt a. a. O. S. 154.

[81]) Nur nebenbei kann hier dem Wesen dieser beiden Bestimmungen näher getreten werden. Dabei ergibt sich unverkennbar, daß der 1. Satz des § 1 nur die Motivierung des 2. Satzes, daß die Unkenntnis des Gesetzes nicht entschuldige, enthält und insofern dem motivierenden Beisatz des § 1, I. „weil das Unrecht der Verbrechen unverkennbar ist" gleichsteht. Nur ist jene Motivierung der Unzulässigkeit der Berufung auf die Gesetzesunkenntnis hier deshalb weitläufiger, weil sie auch diejenigen im II. Teile des StGB. vorkommenden Tatbestände ins Auge fassen zu müssen glaubte, deren Strafbarkeit durch die Existenz bestimmter positiver Vorschriften und Einrichtungen bedingt war. — Dem § 5 aber kommt in seiner nur auf die besondere Gruppe von Polizeidelikten, die im Strafgesetz Aufnahme gefunden haben, beschränkten Geltung lediglich die Bedeutung einer gesetzlichen Auslegungsregel für den Fall zu, als zweifelhaft ist, ob die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens an sich genüge, oder noch überdies böser Vorsatz und ein eingetretener Schaden oder Nachteil zu fordern seien. Keineswegs nimmt diese Bestimmung aber auch auf dolose Rechtsverletzungen (zu denen eben im Sinne des österr. Gesetzgebers „böse Absicht" erfordert wird), noch auf kulpose Rechtsverletzungen (die den wirklichen Eintritt eines Schadens oder Nachteils erfordern) Bezug. Goldschmidt irrt daher, wenn er davon ausgeht, daß im § 5, II. „böse Absicht" mit Bewußtsein des schädlichen Erfolgs,

tierten,[82]) die er deshalb nicht dem für die schweren Polizeiübertretungen in den §§ 276 bis 459, II. StGB. aufgestellten ordo judiciorum unterstellte, sondern den typischen Behandlungsformen des summarischen Verfahrens[83]) und der arbiträren Ahndung überließ. Mit aller wünschenswerten Schärfe und Bestimmtheit ist hier dieser Gruppe durch die Erklärung des GB. als Corpus juris clausum die Ebenbürtigkeit mit der Aristokratie des eigentlichen Strafrechts (Frank) aberkannt worden.

Auch gegenüber den schweren Polizeiübertretungen legt Goldschmidt nur mit Unrecht ein zu großes Gewicht auf die Tatsache, daß deren Aburteilung den politischen Behörden vorbehalten war. Was in dieser Hinsicht zur Begründung dieser äußeren formellen Einrichtung oben gegenüber den politischen Verbrechen angeführt wurde, büßt seine Geltung hier nicht ein. Unsere Auffassung, daß lediglich äußere Momente für die Zuweisung der auf die schweren Polizeiübertretungen sich beziehenden Justizfunktion an die politischen Behörden maßgebend waren,[84]) findet ihren zuverlässigsten Gewährsmann wieder in Sonnenfels selbst, der in der dem Druckexemplar (Textierung 1800) angeschlossenen Vor-

---

„intention de délinquer" gleichbedeutend sei. Diese Ansicht wird durch den Zusammenhang des Gesetzes nicht im mindesten erhärtet. Vielmehr ist „böse Absicht" im Sinne des Sprachgebrauchs des österr. StGB. mit Vorsatz identisch, was ganz klar aus dem als sedes materiae der Vorsatzlehre anzusehenden § 1, I., ferner aus der an andern Stellen ersichtlichen Promiskuität der gesetzlichen Terminologie und endlich aus dem von uns soeben erörterten Sinne des § 5, II. selbst unmittelbar hervorgeht. (S. u. a. auch Egger, Kurze Erklärung des österr. Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizeyübertretungen, 1816 II., S. 8 f., Maucher, Sistematisches Handbuch d. österr. Strafgesetzes über Verbrechen, I. 1844, S. 29 f., Hiller bei v. Liszt, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, I., S. 131 f., Stooss Lehrbuch S. 86, 97. — Richtig ist, daß das Gesetz einen dogmatischen Unterschied zwischen rationellen und irrationellen Übertretungen nicht macht. In dieser Tatsache liegt aber eine Stütze für G.'s Anschauung um so viel weniger, als zugegeben werden muß, daß die Bestimmungen der §§ 1, 5 auf die „absichtlichen Verletzungen" ebensowenig wie auf die „Störungen der öffentlichen Sittlichkeit" Anwendung finden, also ihre Unanwendbarkeit gegenüber den zwei wesentlichen Gruppen der schweren Polizeiübertretungen ihnen von vornherein den Charakter einer allgemeinen Bestimmung benimmt.

[82]) In ähnlichem Gedankenkreis bewegt sich auch die gesamte zeitgenössische Literatur, deren unzweideutige Äußerungen umso gewichtiger in die Wagschale fallen, als sie in der Mehrzahl der Fälle von Praktikern herrühren, die ihre Auffassung offensichtlich aus dem realen Rechtsleben schöpften. Nur beispielsweise seien hier angeführt: Barth-Barthenheim a. a. O. passim, insbes. IV. Bd., Kudler a. a. O. S. 19 ff., Jenull a. a. O. I. S. 110, 115 f., Kopetz a. a. O. passim; zur Josefina sei noch nachgetragen: Von dem Verfahren wider politische Verbrecher nach den Grundsätzen, welche bei dem Magistrat der k. k. Haupt- und Residenzstadt Wien beobachtet werden. Von einem Beamten dieser Stelle. Wien 1788, S. 2 f.

[83]) Die zeitgenössischen Schriftsteller bezeichnen es als das „gewöhnliche Amtsverfahren"; s. z. B. Kopetz a. a. O. II. S. 712. — Auf den geschichtlichen Zusammenhang dieses formlosen Polizeiverfahrens mit dem außerordentlichen Strafverfahren gegen gemeingefährliche Personen, der sich für das österr. Recht im Sinne der meisterhaften Darstellung R. Schmidts, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 226 ff. nicht schwer nachweisen ließe, kann leider hier nicht eingegangen werden.

[84]) Auch hier ist anzumerken, daß die Gleichheit der Organe die Natur dieser als ganz verschiedenen Gebieten angehörig gedachten Funktionen nicht im mindesten beeinflußt hat. Die Einrichtung des Behördenorganismus steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn auf dem Lande und in kleineren Städten wurde die Gerichtsbarkeit über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen fast überall von der nämlichen Obrigkeit ausgeübt, deren Ahndung auch die

erinnerung für die Länderkommissionen[85]) zu dieser Frage ganz kurz bemerkt: „Aus dem Umfange aber, zu welchem dieses Buch (II. Theil) erwuchs, zeigte sich die Nothwendigkeit, daß da die Landgerichte sich dadurch zu sehr überhäufet, und selbst in der Verwaltung der Criminalgerichtsbarkeit gehemmt finden würden, die Gerichtsbarkeit über die schweren Polizeyübertretungen den politischen Behörden überlassen bleiben müsse.“ Deutlich ergibt sich hieraus, wie verfehlt es ist, diese äußere Kompetenzregulierung so weit zu überschätzen, um aus ihr einen zuverlässigen Unterscheidungsmaßstab gewinnen zu wollen oder auf die gesetzgeberische Absicht einer tiefergehenden (qualitativen) Unterscheidung zwischen Verbrechen und schweren Polizeiübertretungen zu schließen. Es wird aber auch hier hinlänglich klar, daß vorwiegend diese Kompetenzverrückung für die Wahl der Benennung „schwere Polizeyübertretungen“ entscheidend war, obwohl diese sich gewiß auch schon damals hinsichtlich des größten Teiles der darunter fallenden Deliktstatbestände als völlig willkürlich erwiesen haben mußte.[86])

III.

Mit dieser Feststellung ist aber die letzte Stütze jener Auffassung gefallen, die den Willen des Gesetzgebers für sich zu haben glaubt, wenn sie die politischen Verbrechen und schweren Polizeiübertretungen als die Summe des eigentlichen Polizeistrafrechts betrachtet.

Eine weitere Auseinandersetzung zugunsten des geltenden Strafgesetzes (v. 27. Mai 1852 Nr. 117 RGBl.) ist unangebracht, ja sie verbietet sich von selbst, weil dieses Strafgesetz nur eine „neue Ausgabe“ des

---

Polizeivergehen anheimfielen, während in den Städten die Sonderung der Funktionen insofern streng durchgeführt war, als die Gerichtsbarkeit über Verbrechen von dem Strafsenat des Magistrats, diejenige über schwere Polizeiübertretungen aber von der „politischen Senatsabteilung in schweren Polizey-Übertretungen“ ausgeübt wurde, und die Ahndung der Polizeivergehen in die Kompetenz des „politisch-ökonomischen Senates“ fiel. (Vgl. Barth-Barthenheim a. a. O. IV. S. 118 f.) — Auch der Umstand, daß für schwere Polizeiübertretungen besondere Verfahrensvorschriften in Geltung standen, kann nicht weiter ins Gewicht fallen, weil sich ihre Besonderheit gegenüber der Kriminalprozeßordnung nur auf ganz unwesentliche Punkte (schnellerer Gang der Untersuchung, Aburteilung und Vollstreckung der Strafe) beschränkte, im übrigen aber zwischen beiden Verfahrensarten wesentliche Übereinstimmung herrschte. S. auch Zeiller, Von dem Streite zwischen der Theorie und der Praxis im Strafrechte, (Pratobeveras Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, VIII., S. 393 f.) und Kudler a. a. O. II. S. 3.

Damit steht im Einklang, daß das Verfahren bei schweren Polizeiübertretungen stets auch als „ordentliches gerichtliches Verfahren“, die einschlagende Funktion der politischen Behörden als „Gerichtsbarkeit“ bezeichnet wurde [s. z. B. Hofkanzleidekr. v. 26. Februar 1823, v. 13. Julius 1815 (Barth-Barthenheim a. a. O. III. S. 237, IV. S. 23), ferner Hofkanzleidekr. v. 13. (20.) Februar 1828 Z. 3156 (Maucher a. a. O. I. S. 211 f.), aber auch §§ 166, 276 ff., II. d. StGB. v. 1803, endlich Kudler a. a O. I. S. 182 Anm. 1, II. S. 4 ff.], während die Anwendung dieser Terminologie im Gebiet der Polizeivergehen nicht zu konstatieren ist. Die Behörde selbst aber, welche die Gerichtsbarkeit über schwere Polizeiübertretungen auszuüben hatte, mußte aus einem Richter und einem Aktuar bestehen (§§ 290 f., II.), Ferner ist zu beachten, daß die Kreisämter bei politischen Vergehen teils als Rekursbehörden, teils als I. Instanzen fungierten, während sie gegenüber schweren Polizeiübertretungen überhaupt keine Funktionen hatten. Vgl. dazu Barth-Barthenheim a. a. O. IV. S. 263, 277; Kopetz a. a. O. II. S. 711 f.

[85]) Akt. d. Justizmin.

[86]) S. schon Cucumus, Über das System eines Strafgesetzbuches hinsichtlich der Polizeiübertretungen, N. Arch. d. Criminalr., VII., S. 236.

StG. von 1803 darstellt und daher diesem gegenüber keinerlei Besonderheiten darbietet.[87])

Aus diesem Grunde bewahren unsere bisherigen Ausführungen, die zugleich auch einen Beitrag zur Geschichte des österr. Strafrechts aus bisher unbekanntem Aktenmaterial liefern, ihre uneingeschränkte Bedeutung für den gegenwärtigen Rechtszustand, so daß gerade im Sinne der historischen Überlieferung für das geltende Recht als leitender Grundsatz aufzustellen sein wird, daß der II. Teil unseres Strafgesetzes, der von den Vergehen und Übertretungen handelt, weder nach seinem Wesen noch nach der Absicht des Gesetzgebers eine — sei es auch nur unvollständige — Kodifikation des Polizeistrafrechts repräsentiert.[88]) Hingegen wird anerkannt, daß darin aus historischen, nur das praktische Bedürfnis als leitenden Gesichtspunkt im Auge behaltenden Gründen eine große Zahl von Tatbeständen rein polizeilichen Charakters Aufnahme gefunden hat,[89]) so daß es ebenso als verfehlt erschiene, die Vergehungen und Übertretungen ihrem gesamten Umfang nach aus dem Bereich des materiellen Polizeistrafrechts ausscheiden zu wollen.

---

[87]) Nur zur Berichtigung eines Goldschmidt a. a. O. S. 334 unterlaufenen Irrtums sei hier hervorgehoben, daß die Klassifikation der „schweren Polizeyübertretungen" des Ges. v. 1803 nach „Vergehen" und „Übertretungen" keine Neuerung bedeutet, die erst durch das StGB. v. 1852 geschaffen worden sein soll, sondern bereits von der StPO. v. 1850 vorgenommen worden war. Das geltende StG. hat hier nur insofern abändernd gewirkt, als dadurch eine lange Reihe von strafbaren Handlungen, welche wenigstens für jene Kronländer, wo die StPO. v. 1850 gegolten hatte, durch deren Einführungsgesetz (Art. IX lit. B) als Vergehen bezeichnet waren, nunmehr als Übertretungen erklärt wurden. — Im übrigen trifft es zu, daß zwischen „Vergehen" und „Übertretungen" ein dogmatischer Unterschied nicht festzustellen ist. Die Unterscheidung, die mit der dem französischen Rechte eigentümlichen Dreiteilung aller strafbaren Handlungen in crimes, délits und contraventions nur dem Namen nach zusammenfällt, hat lediglich prozessuale Bedeutung, indem die ersteren — Kollegialgerichten, die letzteren — Einzelrichtern zugewiesen wurden. Im übrigen hat sie in strafrechtlicher Hinsicht keine weiteren praktischen Folgen, indem für beide Deliktskategorien im wesentlichen die nämlichen Grundsätze gelten. Es kann sogar dieselbe Handlung je nach der Verschiedenheit des Mittels (z. B. Presse) oder nach Verschiedenheit des Erfolgs (z. B. § 335 StGB.) ebenso Vergehen als Übertretung sein. S. hierzu auch den a. u. Vortrag des Justizmin. Schmerling v. 18. Dezember 1849 (1. Beilageheft zum RGBl. v. 1850 bei Nr. 25), ferner Hoegel, Vergleichende Übersicht der österr. Straffälligkeitsstatistik in der Statistischen Monatsschrift, herausgegeben von der k. k. Stat. Zentral-Kommission, 1898, N. F. III., S. 480, Hiller a. a. O. I. S. 130 f.

[88]) S. auch Stooss Lehrbuch S. 74, der selbst soweit geht, überhaupt jeden innern Unterschied zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen des allgem. Strafges. zu leugnen.

[89]) Von allen materiell als Polizeidelikte angesehenen Tatbeständen des allgem. StGB. kann dies freilich nicht behauptet werden, daß sie reinen Polizeicharakter aufweisen. Das Gebiet der Polizeigewalt findet — wie O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I., S. 259, ders., Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, S. 175 f. überzeugend dargelegt hat — seinen näher begrenzenden Inhalt durch die Örtlichkeit, indem ihr nur dasjenige Leben unterliegt, das sich an öffentlichen Orten bewegt. In diesem Sinne steht z. B. dem Tatbestand des § 452 StGB.: „Wer in einem Stalle, einem Heu- oder Strohgewölbe, oder in einer Scheuer (Stadel), oder überhaupt an Orten, wo sich leicht feuerfangende Sachen befinden, Tabak raucht, soll mit Arrest usw. bestraft werden" der zweifellos richtige Satz O. Mayers entgegen: „Aber es kann mir nicht verboten werden, in meiner Scheuer zu rauchen." Es hängt diese Verdunkelung offenbar mit der in Sonnenfelsens System begründeten, dem StGB. zugrunde liegenden Unterscheidung zwischen öffentlicher und Privat- oder Einzelsicherheitspolizei zusammen.

Gegenüber dieser zwingenden Rechtfertigung unserer Auffassung aus der Entstehungsgeschichte der grundlegenden Gesetze und aus deren klarem Wortlaut muß sich die von Goldschmidt beobachtete begrifflich irreleitende, mehr spekulative Methode, die sich insofern in falschen Geleisen bewegt, als sie die gesetzgeberischen Gedanken, die zugrunde liegen, und die historische Entwicklung, die zur Bildung geführt hat, auffallend verkennt, als wenig überzeugungskräftig erweisen. Mit schlagender Deutlichkeit hat sie bereits durch Sonnenfels die entschiedenste ausdrückliche Mißbilligung erfahren, an der für alle dauernden Zeiten festzuhalten sein wird.

Es wäre jedoch gefehlt, dieser Auseinandersetzung nur historisch-theoretischen Wert zuzuerkennen.[90]) Weit ragt darüber ihre praktische Bedeutung hinaus. Denn mit der Nachweisbarkeit der prinzipiellen Absicht der österr. Gesetzgebung, in dem II. Teile der Josefina, des GB. von 1803 und des geltenden StGB. eine — sei es auch nur unvollständige — Kodifikation des Polizeistrafrechts ins Leben gerufen zu haben, wäre dessen Schicksal endgültig besiegelt. Als unvermeidlich erwiese sich dann die Schlußfolgerung, daß das Polizeistrafrecht im Sinne der gesetzgeberischen Auffassung Strafrecht im eigentlichen Sinne sei, und daß daher die allgemeinen Lehren des StG. wie die besonderen auch auf die außerhalb des gesetzlichen Rahmens gebliebenen polizeideliktischen Tatbestände grundsätzlich unmittelbar Anwendung zu finden haben.

Sobald man sich aber auf Grund unserer bisherigen Ausführungen darüber klar geworden ist, daß diese Nachweisbarkeit nicht nur nicht gegeben ist, sondern daß seit jeher die außerhalb des StGB. stehende Deliktsgruppe polizeilicher Natur als eine spezielle Materie des österr. Rechtes angesehen wurde, ist die freie Bahn für die im Folgenden zu begründende Auffassung gewiesen, die dem österr. Polizeistrafrecht in seiner heutigen positiv-rechtlichen Gestaltung und nach seinem heutigen historischen Inhalt den Charakter eines Instituts des Verwaltungsrechtes vindiziert.

Noch eine wesentliche Erörterung, die an das von Sonnenfels entwickelte System anzuknüpfen hat und auch der Beleuchtung des herrschenden Rechtszustands in ganz hervorragendem Maße zu dienen bestimmt sein wird, mag hier Raum finden.

Auszugehen ist hiebei von der aus den Gesetzesmaterialien hervorleuchtenden Tatsache, daß es Sonnenfels im Flusse seiner den mannigfachsten Gesetzentwürfen gewidmeten Tätigkeit gelungen war, jenen geläuterten Standpunkt zu gewinnen, der ihm die Verwertung seines engern Polizeibegriffs für legislative Zwecke möglich machte.

[90]) Die hier bekämpfte Meinung, daß die Josefina und das StGB. v. 1803 eine Scheidung des kriminellen Unrechts vom polizeil. beabsichtigten, findet ferner Vertreter u. a. in Gönner, Archiv f. d. Gesetzgebung und Reform d. jurist. Studiums, I. 1808, S. 35 ff., der die Trennung sogar als „ganz originell und mit einer seltenen Consequenz durchgeführt" rühmt, dabei aber freilich immer wieder die schweren Polizeiübertretungen mit den Polizeivergehen verwechelt; Mittermaier, Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, I. 1841, S. 14, 223 f., II. 1843, S. 81 ff., Feuerbach, Critik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, I., S. 18, Wahlberg, Ges. kleinere Schriften, III., S. 13 ff. und in unverkennbarer Anlehnung an letzteren Hiller a. a. O. I. S. 118, 124, 130, ferner Ferd. Schmid, Betrachtungen über d. Reform d. inn. Verwaltg. Österreichs, Ztschr. f. Sozialpol. u. Verwaltung, XIV., S. 455, Hoegel, Geschichte des Österr. Strafrechts, I. 1904, S. 78 ff. — S. aber d. preuß. Justizminister v. Kamptz in seinem Nachtrag zum revidierten Entwurf vom 8. Dezember 1834 (so Goldschmidt a. a. O. S. 286.).



Jenem Begriff der Polizei im allgemeinen, die für ihn mit der staatlichen Tätigkeit, die allgemeine Sicherheit zu begründen, zusammenfällt, stellt er nämlich einen aus der Praxis geschöpften Begriff zur Seite, wonach die Polizei „auf die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, guter Ordnung und Zucht, auf die Aufsicht über Maß, Gewicht, Märkte, Reinlichkeit der Städte, über Anstalten wider die verschiedenen Gefahren und Unglücksfälle, und hauptsächlich dasjenige, was augenblickliche Vorkehrungen erfordert“ beschränkt bleibt.[91]) —

Bei dem eminenten Einfluß nun, den S. sich nachweisbar auf die Josefinische und auf die folgende Gesetzgebung in solchem Maße zu verschaffen verstanden hatte, daß nahezu kein legislatorisches Erzeugnis ohne seine vorhergegangene Approbation der Öffentlichkeit übergeben zu werden pflegte, konnte es nicht ausbleiben, daß die größten Gesetzgebungsarbeiten Österreichs aus jenem Zeitalter auf seinen Theorien beruhten, und daß jene Unterscheidung zwischen allgemeinem und engerem Polizeibegriff auch zur offiziellen gesetzgeberischen Anerkennung gelangte und in die einschlägigen Gesetzesmaterien Eingang fand.[92])

Und so läßt sich nur im Lichte dieser in ihrer Bedeutung für das österr. Recht bisher wenig gewürdigten Sonnenfelsschen Lehre, die in der Handhabung des Strafrechts eines der vornehmsten Mittel zur Begründung der innern Sicherheit erblickte,das Verständnis für jenen sicherheitspolizeilichen Charakter des StG. von 1803 und des geltenden StG. gewinnen, als deren wesentlicher Zweck ex professo die Erhaltung der Sicherheit im gemeinen Wesen hingestellt wird.

Wie sollte es dann bei dieser Auffassung, der die Sicherheit als der Zustand erschien, „worin man nichts zu fürchten hat,“ anders kommen, als daß ganz unterschiedslos alle Handlungen, die in thesi oder in hypothesi eine Beeinträchtigung dieses Zustands involvieren oder auch nur eine Störung des allgemeinen Sicherheitsgefühls voraussehbar einschließen, dem Strafkodex einverleibt wurden? — Indem hier selbst jede Rechtsverletzung als Gefahr für das Gemeinwesen aufgefaßt und deshalb das Interesse an der Aufrechterhaltung der allgemeinen Sicherheit zum Interesse der Rechtsordnung gestempelt wird, kommt jenes Präventiv-

---

[91]) Sonnenfels Grundsätze S. 503. — Offenbar hat sich hier der Einfluß Justis (Grundsätze der Policey-Wissenschaft, Göttingen 1756, S. 4) geltend gemacht.

[92]) In diesem Sinne gewinnen S. Schriften eine über die damalige Polizeiwissenschaft hinausragende Bedeutung. Zunächst war es ihm wohl darum zu tun, die Grundsätze aufzustellen, die für den Inhalt der Verwaltungsnormen bestimmend sein sollten. Sein hervorragender Einfluß auf die Gestaltung des öffentlichen und Rechtslebens brachte es jedoch mit sich, daß seine Schriften, insbesondere die „Grundsätze der Policey etc.“ allmählich geradezu rechtsdogmatischen Charakter erhielten, indem sich der jeweilige Rechtszustand im langsamen Fortschritt zusehends seinen dort aufgestellten Lehren anpaßte, und diese schließlich das geltende Recht darstellten. Man kann sagen, was er in der 1. Auflage noch unter dem Gesichtspunkt der lex ferenda vorgetragen hatte, war bis zur 8. Auflage zur lex lata geworden. Hatte doch schon Josef II. im Jahre 1869 sein besonderes Wohlgefallen über S. „Grundsätze“ zum Ausdruck gebracht (S. Lustkandl, Sonnenfels und Kudler, Rede, Wien 1891, S. 18), und galten doch deshalb diese Grundsätze noch bis zum Jahre 1848 nahezu an allen Universitäten des Reiches als obligates Lehrbuch, obwohl S. Persönlichkeit recht eigentlich nur die inhaltsreiche Periode der 2. Hälfte des 18. und des 1. Jahrzehnts des 19. Jahrh. beherrschte.

system ungebrochen zur Geltung, das dem alten Polizeistaat seine deutliche Signatur aufgeprägt hat.[93])

Hat sich nun, wie hier entwickelt, in dem Gebiet des Strafrechts unverkennbar jener allgemeine Polizeibegriff durchgesetzt, so war es dem engern Begriff vorbehalten, an andrer Stelle Eingang zu gewinnen. Der nächste Anlaß, diesen zu verwerten, ergab sich für Sonnenfels, als er die ihm aufgetragene Ausarbeitung des Umrisses des Polizeikodex in Angriff nahm.

Und in der Tat erkennen wir dort diese Auffassung wieder, wenn gleich im Eingang als Zweck der Polizei die Hintanhaltung aller Ereignungen, darunter vorzugsweise aller schädlichen Handlungen erklärt wird, welche die öffentliche Ordnung stören können. Und was das Wesentlichste ist, für diese Funktion räumte S. der Polizei die nach wie vor ungebundene Betätigung ihrer Strafgewalt ein. Ja, er erachtete es gar nicht für notwendig, diesem Zugeständnis besondern Ausdruck zu verleihen, weil die unbeschränkte Wahl in der Verwendung von Zuchtmitteln zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung seit jeher als nie zweifelhaft gewesenes Attribut der Staats- (Polizei-)gewalt gegolten hatte.

Für uns ist es daher zweifellos, daß auch im Sinne der Sonnenfelsschen Lehre jene die öffentliche Ordnung störenden Handlungen allein den Charakter des spezifischen Polizeistrafrechts an sich trugen.[94]) — Die markanteste Konsequenz aus diesem Lehrbegriff zieht jener ungenannte Zeitgenosse Sonnenfelsens, der, auf jede theoretische Konstruktion verzichtend, sich einzig und allein auf seine praktische Betätigung beruft.[95]) Er definiert das spezifische Polizeidelikt, das sog. Polizeivergehen als jenes Delikt, „das wider die im Staate eingeführte gute Ord-

---

[93]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 54 f., 151 f., 237, wo mit aller Schärfe dieses polizeistaatliche Prinzip der Ausdehnung des Verwaltungszweckes auf die Rechtsdelikte hervorgehoben wird.

Von diesem polizeilichen Gesichtspunkt war im übrigen auch die folgende Zeit in solchem Maße beherrscht, daß man gar keinen Anstand nahm, die Kriminalsachen aus dem Bereich der Justizsachen völlig auszuscheiden und sie schlechthin als „öffentliche (politische) Angelegenheiten“ zu bezeichnen. S. Pratobevera in seinen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Österr. Erbstaaten, I., S. 13, ferner v. Heß, Encyclopädische methodologische Einleitung in das juridisch-politische Studium, 1813, S. 17 Anm.: „Wenn ich hier die Criminal-Gerichtsbarkeit den Justiz-Geschäften beyzähle, so geschieht dies nur, um die Begriffe derjenigen, für welche diese Schrift bestimmt ist, nicht an der Schwelle ihres Studiums durch einen Widerspruch der Theorie mit den gesetzlichen Bestimmungen zu verwirren. Ich für meinen Teil weiß gar wohl, daß, solange wir noch keine absolute Deduction des Strafrechts gelungen nennen können, jede Bestrafung eines Verbrechers, um künftigen Verbrechen vorzubeugen, ein Act der Polizey-Gewalt ist.“

[94]) Ein Beispiel wird dies noch ganz deutlich machen. Als zur Ordnungspolizei gehörig wird von Sonnenfels auch die Aufsicht über Maß und Gewicht angeführt. (S. oben S. 33). Dementsprechend werden Taxüberschreitungen „durch Übervorteilung entweder in dem Gebrauche von Maß oder Gewicht, wenn diese auch echt sind, oder in dem Preise der Waren oder Leistungen“ als Polizeivergehen, und erst die dritte so geartete Überschreitung als schwere Polizeiübertretung erklärt (§ 226, II. StGB. v. 1803 = § 478 d. gelt. StGB.). — S. dazu auch Schilling a. a. O. S. 491.

[95]) Von dem Verfahren wider politische Verbrecher nach den Grundsätzen etc., S. 3. — Kann diesem „Beamten“ jener Zeit auch nicht das Bewußtsein der generischen Unterscheidungsmerkmale zwischen Justiz- und Polizeistrafrecht zugemutet werden (a. M. anscheinend Goldschmidt a. a. O. S. 84), so bleibt doch unverkennbar wahr, daß die Polizeivergehen nach seiner mit der ge-

nung läuft, und wenn es gleich die Sicherheit nicht wirklich verletzt, dennoch die nächste Veranlassung dazu gibt."

Diese Darlegung des Sonnenfelsschen Systems, das das folgende Zeitalter und, wie sich aus unseren weiteren Ausführungen ergeben wird, auch die Gegenwart noch im wesentlichen beherrscht, läßt den Zusammenhang mit jener Distinktion zwischen Sicherheits- und Ordnungspolizei erkennen, mit der sich die ältere Gesetzgebungspraxis in weitem Maße zu befassen pflegte.[96])

Diese beiden Begriffe geben dem österr. Strafrecht im weitesten Sinne die Signatur: Sicherheitspolizei als Basis des gemeinen Strafrechts, Ordnungspolizei als Basis des Polizeistrafrechts.

§ 3. Zur allgemeinen Charakteristik des österr. Polizeistrafrechts.

Knüpfen wir nun an die bisher gewonnenen Ergebnisse an, so kann es nicht zweifelhaft mehr sein, daß im Sinne der richtigen Auffassung unverfälschtes Polizeistrafrecht, seine eigentliche Summe in den zahllosen Polizeivorschriften zu erblicken ist, soweit sie in Reichs- oder Landesgesetzen, in allgemeinen oder örtlichen Verordnungen enthalten sind.[97]) Und insofern läßt sich die formalistische Definition Lienbachers[98]) nicht schlankweg von der Hand weisen. Danach ist das Polizeistrafrecht „der Inbegriff aller in Gesetzen, Verordnungen und Vorschriften enthaltenen polizeilichen Gebote und Verbote, deren Übertretungen von landesfürstlichen oder autonomen Behörden, denen die Polizeigewalt im allgemeinen oder doch in Bezug auf die Gegenstände der übertretenen Gebote oder Verbote zukommt, oder auf Grund besonderer Gesetze von den ordentlichen Gerichten zu untersuchen und zu bestrafen sind." Mag diese Begriffsbestimmung auch nicht zur wissenschaftlichen Klärung der in Diskussion stehenden Probleme beizutragen imstande sein, so deutet sie doch unverkennbar auf die nicht gering zu schätzende Erkenntnis ihres Autors hin, daß die Art der Regelung der Kompetenz über den Charakter des Delikts nicht entscheiden könne.

Man braucht aber in der Tat auch nur ganz wahllos irgend einen der täglichen Übertretungspraxis angehörigen Deliktstypus herauszugreifen,

samten zeitgenössischen Literatur durchaus übereinstimmenden Ansicht eine besondre Deliktsgruppe repräsentierten, die er angesichts ihres eigenartigen Wesens und der spezifischen Erscheinungsformen ihrer praktischen Behandlung als von den politischen Verbrechen verschieden ansah und als festen Stamm des Polizeistrafrechts par excellence anerkannte.

[96]) Vgl. Schilling a. a. O. 488 ff.

[97]) Darin ist hinreichendes Material in solchem Maße geboten, daß wir nicht genötigt sind, auf die in dem allgem. StG. unleugbar gegebene Gruppe von Polizeidelikten zurückzugreifen, zumal wir dadurch am wirksamsten den traditionellen Fehler vermeiden, die Lehren des gemeinen Strafrechts als auf das Polizeistrafrecht par excellence anwendbar gelten zu lassen. Vgl. auch Ulbrich, Lehrbuch des österr. Verwaltungsrechts, 1904, S. 342.

[98]) Polizeistrafrecht S. 13 f.; ähnlich Janka, Das österr. Strafrecht. 4. Aufl. von Frhr. v. Kallina 1902, S. 47, der sich überhaupt mit dieser nur das Äußere treffenden Unterscheidung begnügt. Vgl. ferner Goldschmidt a. a. O. S. 335, dem jedoch ein auffallendes Mißverständnis insofern unterläuft, als nach seiner Annahme für Lienbacher einzig und allein die Kompetenz der Verwaltungsbehörden entscheiden soll; doch gerade die im Texte zitierte Definition L.'s widerstreitet dieser Annahme ganz entschieden und läßt vielmehr schon — wenn auch dürftige — Ansätze zu einer auf den materiellen Gehalt eingehenden Unterscheidung erkennen.

um sich darüber klar zu werden, daß ebenso wie dem gesamten Strafrecht ein planmäßiger einheitlicher Aufbau fehlt, die österr. Rechtsschöpfung bei Festsetzung der Zuständigkeiten sich weniger von fundamentalen Grundsätzen als von ganz imponderablen Erwägungen leiten ließ, die keinen zuverlässigen Unterscheidungsmaßstab für eine reinliche Differenzierung der Delikte abzugeben vermögen.[99])

Entscheidender als die Tatsache, daß eine nicht unerhebliche Anzahl von Übertretungen des Strafgesetzes bis zur Einführung der geltenden Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 Nr. 119 RGBl. vorübergehend der Strafkompetenz der politischen Behörden überwiesen war,[100]) fällt hier nämlich die sonderbare Erscheinung ins Gewicht, daß oft ein und derselbe Tatbestand je nach räumlichen Differenzpunkten, oder nur unwesentlich nüancierte Tatbestände bald der Judikatur der Gerichte, bald der Ahndung der politischen Behörden unterliegen. So wird der „Zustand offenbarer, Ärgernis erregender Trunkenheit" nach § 9 des nur für Galizien, Lodomerien, Krakau und die Bukowina gültigen Gesetzes vom 19. Juli 1877 Nr. 67 RGBl. in diesen Kronländern gerichtlich gestraft,[101]) während er anderwärts polizeiliche Strafe nach sich zieht.

Ebenso unterliegen die Übertretungen des sog. Waffenpatents vom 18. Januar 1818 in Südtirol der Kompetenz der ordentlichen Gerichte nach den für das Verfahren in Strafsachen überhaupt bestehenden gesetzlichen Vorschriften (Art. XIII), während in den übrigen Teilen von Tirol und Vorarlberg die Übertretungen aller daselbst hinsichtlich der Einführung, Fabrikation, des Verkaufes, Besitzes und Tragens von Waffen bestehenden Vorschriften von den politischen Behörden zu untersuchen und zu bestrafen sind (Min.-Verordn. v. 15. März 1856 Nr. 35 RGBl.).[102])

---

[99]) S. auch v. Stein Polizeirecht S. 79 in seiner allgemeinen Betrachtung: „nur stehen wir noch auf dem Standpunkt, daß formelle Competenz und gesetzliche Natur der Sache sich nicht decken."

[100]) S. kais. Verordn. v. 11. Mai 1854 Nr. 120 RGBl., Min.-Verordn. v. 2. April 1858 Nr. 51 RGBl., kais. Verordn. v. 20. Juni 1858 Nr. 88 RGBl., Ges. v. 22. Oktober 1862 Nr. 72 RGBl.

[101]) Steht auch die Zweckmäßigkeit dieses Gesetzes zur Bekämpfung des die Spann- und Tatkraft des Volkes und dessen Wohlstand beeinträchtigenden Lasters der Trunksucht außer Frage, so wird man sich doch nicht von der Notwendigkeit der Ahndung der einschlägigen Delikte durch die Gerichte für überzeugt halten können. Der Gesichtspunkt, für einen erhöhten Rechtsschutz des Delinquenten zu sorgen, durch den die Überweisung vieler Polizeidelikte an die ordentlichen Gerichte in der neuern Zeit gerechtfertigt zu werden pflegt (s. auch Ferd. Schmid a. a. O. S. 456), dürfte hier kaum entscheidend gewesen sein. Die Regierungsmotive lassen es in dieser Beziehung an jeder Begründung fehlen, während der Ausschußbericht dazu — bezeichnend genug — nur bemerkt: „Daß die Untersuchung und Bestrafung der Übertretungen von strafrechtlichen Bestimmungen nicht der polit. Behörde überlassen werden konnte, wie es ursprünglich in den Intentionen des galizischen Landtages gelegen war, sondern den Bezirksgerichten zugewiesen werden mußte (?), bedarf keiner näheren Begründung." (Beil. 658 z. d. Verhandl. d. Abg.-H. d. österr. Reichsr., VIII. Sess., 8. Bd.) — Wir glauben, „die beklagenswert tiefe Kulturstufe der Bevölkerung" hat dieser wohl alles Verständnis für die Kompetenzverschiebung verschlossen. Die statistischen Nachweise führen die beredteste Sprache. Vgl. dazu Hoegel in der allgem. österr. Gerichtszeitung, 1901, Nr. 20 S. 159.

[102]) Oder man halte sich nur vor Augen: Die nicht in betrügerischer Absicht geschehene Adelsanmaßung ist von den polit. Behörden mit einer Geldstrafe zu ahnden (Hofkanzl.-Dekr. v. 2. November 1827, Nr. 21316 JGS.), während unbefugtes Tragen von in- oder ausländischen Ordenszeichen oder andern Ehrendekorationen gerichtlicher Strafe unterliegt (§ 334 StGB.). — (Im Gegensatze zu der in der Manzschen Ausgabe des StGB. zu § 201 lit. d), ferner der von

Planmäßigkeit kann hier kaum vorgewaltet haben. Ganz müßig ist das Beginnen, für diese gesetzgeberische Behandlung eine ratio ergründen zu wollen, die niemals Raum gewonnen haben konnte.

Diese Promiskuität der Delikte und Kompetenzen verliert jedoch wesentlich an Schärfe durch die aus eingehender Erforschung des Materials zu gewinnende Einsicht, daß die den politischen Behörden zur Ahndung zugewiesenen Delikte in überwiegendem Maße den polizeilichen Charakter scharf ausgeprägt tragen,[103]) und nur gegenüber den sog. Gerichtsübertretungen die Forderung einer Selektion am Platze ist.[104])

Die einfache Erwägung, daß jene Deliktsgruppe, die der Kompetenz der politischen Behörden[105]) unterliegt, im Gegensatz zu den sog. Gerichtsübertretungen im wesentlichen einheitlich, gleichgeartet ist,[106]) muß unserer Anschauung, daß jede wissenschaftliche Erörterung polizeistrafrechtlicher Fragen nur an das außerhalb des StGB. stehende Material anzuknüpfen haben wird und die sog. Gerichtsübertretungen völlig beiseite lassen muß, den etwaigen Eindruck einer aprioristischen Konstruktion vollends benehmen und das Gewicht der folgenden Ausführungen wesentlich verstärken.

Diese Auffassung wird aber auch so mancher andern wertvollen Erkenntnis die Bahn weisen. Zunächst wird sie der Lösung der von Goldschmidt für das Verwaltungsstrafrecht im allgemeinen angeregten Frage dienen, welche Stellung das österr. Polizeistrafrecht gegenüber dem in der Theorie hervorgetretenen und durch die Schlagworte: Bagatellstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht gekennzeichneten Meinungsstreit einnimmt, m. a. W., ob es im geltenden Rechtssystem ein von dem Justizstrafrecht begrifflich verschiedenes Polizeistrafrecht gibt.

Während anderwärts, vor allem im Deutschen Reiche, diese Frage, die eigentlich mit dem Problem, ob die sog. Polizeiübertretungen sich als eine von den Verbrechen generisch verschiedene Deliktsgruppe charakterisieren, zusammenfällt, dank den bahnbrechenden Schriften O. Mayers und Goldschmidts einerseits und den gehaltvollen Beratungen des Deutschen Juristentages und der Internat. Kriminalist. Vereinigung anderseits einer gedeihlichen Lösung entgegenzugehen scheint, hat sie merkwürdigerweise in der dem österr. Rechte gewidmeten Literatur u. W. bisher überhaupt nicht ihre präzise Formulierung gefunden. Ja, das Problem hat hier in der Wissenschaft überhaupt noch nicht Wurzel gefaßt, so daß das Polizeistrafrecht gewissermaßen als sujet mixte in beiden Lagern, sowohl in der Strafrechts- als auch in der Verwaltungsrechtsliteratur seine Heimat sucht, jedoch überall nur verschlossene Türen und daher nirgends das Bürgerrecht findet.

Dr. Neubauer in der Gerichtshalle, 1907 Nr. 8 vertretenen Anschauung wird nämlich daran festzuhalten sein, daß das Hofkanzl.-Dekr. v. 24. März 1835 Z. 6862 betreffend das unbefugte Tragen von Ordenszeichen usw. gemäß Art. I des KP. z. StGB. durch § 334 außer Geltung gesetzt worden ist.).

[103]) Über die Ausnahmen s. unten S. 114 ff.

[104]) Vgl. darüber noch unten S. 39 f.

[105]) Als solche kommen in Betracht: 1. die polit. Bezirksbehörden, 2. die Kommunalmagistrate in Orten, wo diesen die polit. Geschäftsführung zugewiesen ist, 3. die landesfürstlichen Polizeibehörden, 4. die nach der allgem. Gemeindeordnung organisierten Gemeinden bezüglich der der Gemeindekompetenz zugewiesenen Delikte und der Übertretungen der von der Gemeinde innerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises erlassenen polizeilichen Anordnungen.

[106]) Über die Ausnahmen s. unten S. 116 f.

Um diese Stellungnahme der Wissenschaft zu beleuchten, sollen im Nachstehenden die Anschauungen einiger ihrer maßgebendsten Vertreter dargelegt werden.

Ganz ausnahmslos wird von den Kriminalisten die uns beschäftigende Unterscheidung nur als eine formale und nicht im Wesen der Sache wurzelnde gefaßt.[107])

Auf einem durchaus negierenden Standpunkt stehen vor Allen Janka[108]) und Hoegel,[109]) indem sie jeden grundsätzlichen Unterschied zwischen kriminellem und polizeilichem Delikt sowohl in der äußern Erscheinung als auch innerlich verwerfen. Nur konsequent ist es daher, wenn Janka sich damit begnügt, als Polizeidelikte lediglich jene Delikte niedersten Ranges anzuerkennen, die den politischen Behörden zur polizeilichen Aburteilung zugewiesen sind. Hingegen wirkt es einigermaßen befremdlich, wenn Hoegel[110]) ungeachtet der Leugnung jedes prinzipiellen Unterschieds das Bekenntnis nicht zu unterdrücken vermag, daß „die Verschiebung der Grenzlinie zwischen Strafunrecht und Polizeiunrecht nicht bloß Zuständigkeitsfrage ohne innere Bedeutung" sei, sondern daß es einem Gebot weiser Strafpolitik entspreche, „die Abstufung zwischen dem den Gerichten unterworfenen Strafunrecht und dem den Verwaltungsbehörden zur Aburteilung zugewiesenen Polizeiunrecht zu machen."

Die herrschende Auffassung, getragen von Lammasch und Finger scheint den Unterschied darin finden zu wollen, daß das polizeiliche Unrecht einfache Normwidrigkeit, reiner Ungehorsam sei, im Gegensatz zum verbrecherischen (kriminellen) Unrecht, das materielle Rechtsverletzungen enthalte.[111])

Was jedoch Frank[112]) unter Hinweis auf das Beispiel vom Geßlerschen Hut so treffend gegen diese bekanntlich von Merkel[113]) und Bin-

---

[107]) Soweit die Verwaltungsrechtswissenschaft auf dieses Thema zu sprechen kommt, — s. z. B. Ulbrich Lehrbuch S. 342 f. — läßt sie es bei der Aufstellung einiger Grundsätze bewenden, die den Erkenntnissen der höchsten Verwaltungsstellen oder der Analogie mit dem gemeinen Strafrecht, deren Zulässigkeit nicht weiter bewiesen zu werden pflegt, entnommen sind. Die von Spiegel, Die Verwaltungswissenschaft, 1909, S. 42 f treffend gekennzeichnete „Furcht vor Doppelbehandlung" mag diese Beschränkung erklären. Hingegen erkennt Spiegel selbst a. a. O. S. 132 den Verwaltungsrechtscharakter des Polizeistrafrechts ausdrücklich an. Bestimmend sind hierbei für ihn jedoch nur die von ihm nicht näher charakterisierten „Tatbestände der Verwaltungsdelikte" und die „umfassende Strafgewalt der Verwaltungsbehörden". — Nur nebenbei wird diese Frage nach dem Unterschied zwischen Justiz- und Polizeidelikt gestreift von Brockhausen, Die Strafpflicht der politischen Behörden, (Grünhuts Ztschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht, XXV., S. 585 ff.). Allerdings scheint B. schon die Verwaltungsrechtsnatur des Polizeidelikts anzuerkennen. Doch ist auch für ihn der Unterschied ein rein quantitativer, der sich in der „Geringfügigkeit der polizeilichen Delikte" erschöpft. — Anders aber schon Ferd. Schmid a. a. O. S. 455, der mit aller Entschiedenheit den Verwaltungsrechtscharakter des Polizeistrafrechts geltend macht.

[108]) a. a. O. S. 47.

[109]) Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1901, S. 157.

[110]) ibid. S. 158.

[111]) S. Lammasch, Grundriß des Strafrechts, 2. Aufl., S. 10, Finger, Das Strafrecht (Kompendien des österr. Rechts), I. 1902, S. 88.

[112]) Studien zum Polizeistrafrechte (Gießener Universitätsprogramm. 1897), S. 18.

[113]) Kriminalistische Abhandlungen, S. 95 f.

ding[114]) begründete Lehre eingewendet hat, bewährt seine ungeschwächte Geltung bis auf den heutigen Tag. Ihr steht seither die gemeine Meinung gegenüber, die auch für die Polizeidelikte einen Materialgrund fordert.

Ganz eigenartig ist die von Makarewicz[115]) vertretene Anschauung. Nur mit bangen Zweifeln erkennt er einen „theoretischen Unterschied zwischen dem kriminellen und Polizeiunrecht; allein praktisch gibt es gar keinen, die Grenze zwischen ihnen ist total verschwommen."

Für die Rechtsgestaltung des Deutschen Reiches mag diese offenbar von v. Liszt[116]) beeinflußte Auffassung in beschränktem Umfang zutreffen. Allein sie verträgt es nicht, zur allgemein gültigen Regel in dem Sinne erhoben zu werden, daß ihr eine allgemeine Geltung auch für Rechtssysteme anderer Staaten vindiziert werden dürfte. Denn ganz im Gegensatz dazu wird für das österr. Recht behauptet werden müssen, daß sich die polizeiliche Strafe schon nach geltendem Rechte von der peinlichen Strafe ganz wesentlich unterscheidet, und daß der Unterschied strafrechtlich eine nicht um vieles geringere Bedeutung als auf strafprozessualem Gebiet hat.[117])

Mit diesen wenigen hier zur Darstellung gebrachten Anschauungen scheint sich die einschlägige moderne Literatur vollends zu erschöpfen. Klar ist es, daß wir damit nur wenig gefördert sind.[118])

Viel eingehender und umständlicher befaßt sich mit den vorliegenden Fragen zuweilen die offenbar von bewährten Praktikern inspirierte Tagespresse, vor allem aber in neuester Zeit die österr. Richtervereinigung, deren Beratungen und Beschlüsse dereinst eine Fülle fruchtbringender Lehren bieten werden, und deren ernstes Streben die Verwirklichung ihrer grundlegenden Postulate einer weisen Gesetzgebungspolitik als geboten erscheinen lassen muß. In richtiger Erkenntnis der Unmöglichkeit der wissenschaftlichen Fortbildung einer Rechtsmaterie und der Aufstellung von Begriffen durch eine Vereinigung hat sie sich unter Verzicht auf jede theoretische Auseinandersetzung darauf beschränkt, die völlige Scheidung der die Kriterien des kriminellen Unrechts nicht tragenden Handlungen und deren Verweisung aus dem Strafrecht aus durchwegs praktischen Gesichtspunkten zu fordern. Hierbei werden vorzugsweise die unabweislicher denn je gewordene Entlastung der Gerichte, die Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens und die Purifizierung der

---

[114]) Die Normen und ihre Übertretung, I. 2. Aufl., S. 312 ff.

[115]) Einführung in die Philosophie des Strafrechtes, Stuttgart 1906, S. 91.

[116]) Lehrbuch des Deutschen Strafr., 10. Aufl., S. 119 Anm. 3, anders freilich schon 14/15. Aufl., S. 117 Anm. 3.

[117]) Die nähere Ausführung weiter unten.

[118]) S. aber Wahlberg, Das Strafrecht des Gesundheitswesens und strafbare Gesundheitsstörungen, Grünhuts Ztschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht, VII. 1880, S. 82 ff. (auch Gesammelte kleinere Schriften, III., S. 243 ff.), wo sich ein schon ganz hervorragender Fortschritt zur Klarstellung des generischen Unterschieds zwischen „bürgerlichem" und Polizeistrafrecht in Anknüpfung an das v. Steinsche System findet, obwohl freilich die nicht auf Gegensätze des innern Gehalts aufgebaute Unterscheidung zwischen Polizeistrafrecht und politischem Ordnungsstrafrecht die versuchte Grenzziehung verdunkelt. Auch ist es ein wenig ansprechender Vorgang, das Verwaltungs-(Polizei-)strafrecht in eine ungemessene Zahl von Strafrechtskategorien zu spalten. Was sollte es auch fördern, wenn innerhalb des Sanitätsstrafrechts ein Seuchenstrafrecht, Giftstrafrecht usw. neben einem Medizinalstrafrecht mit ebensovielen Abteilungen unterschieden wird?



eigentlichen strafrichterlichen Tätigkeit der Gerichte als die hiedurch zunächst zu erreichenden Ziele ins Treffen geführt.[119])

Diese Momente allein werden naturgemäß nicht ausschlaggebend sein können. Jedoch mit Förderung durch wissenschaftliche Einzelarbeit kann es den aus Kampfesorganisationen mit einiger Energie hervorgehenden Reformbestrebungen gelingen, auf diesem Gebiet eine Bewegung in Fluß zu bringen, durch die Österreich den lange vermißten Anschluß an die Reformaktionen des Deutschen Reiches erhält.

Allerdings scheinen die äußeren Voraussetzungen hiezu wenig geschaffen zu sein. Allerwege strafbare Tatbestände in einer mit den wechselnden Bedürfnissen der Gesellschaft und den gebieterischen Forderungen einer reifenden Sozialpolitik fast unabsehbar erweiterten Menge von Vorschriften, die anderseits in einem nicht unerheblichen Teile zu dem im letzten Menschenalter so tiefgreifend umgewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen in schroffem Widerspruch stehen, — eine an das Existenzminimum lange nicht heranreichende Gruppe von Vorschriften über das Verfahren, und kaum eine Norm für die materiell-rechtliche Behandlung der Polizeidelikte — dies ungefähr ist der Hindergrund des Bodens, auf dem für Österreich nicht allein die Theorie des Polizeistrafrechts ihren Bau aufzurichten hat, sondern auch die politischen Behörden die ihnen eingeräumte Strafgewalt auszuüben haben.[120])

So mußte es denn kommen, daß die Verwaltungsbehörden in ihrer Hilflosigkeit, von Gesetzgebung und Theorie im Stiche gelassen, sich an die Lehren des gemeinen Strafrechts mit einer Zähigkeit klammern, die es mit sich gebracht hat, daß die Polizeidelikte hiedurch ganz wider die Intention des Gesetzgebers und im Widerstreit mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung in kriminelles Fahrwasser geraten sind. Aber schon hier mag die Feststellung Raum finden, daß diese vielleicht ebenso sehr aus der indifferenten Haltung der Theorie als aus dem praktischen Bedürfnis hervorgehende Anschauung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt.

§ 4. Die Entwicklungsstufe des geltenden österr. Polizeistrafrechts.

Zwei wesentliche Voraussetzungen sind es, von denen jeder Versuch einer wissenschaftlichen Behandlung des geltenden österr. Polizeistrafrechts auszugehen haben wird. Hierher gehört zunächst die oben ge-

[119]) Vgl. auch Hoegel in Allg. öst. Ger.-Ztg., 1901, S. 158 und Jaegers Österr. Ztschr. f. Verwaltung, 1895, Nr. 11/12, ferner ders., Geschichte des österr. Strafrechts, I., S. 104 und Gesamtreform d. österr. Strafrechts, Leipzig 1909, S. 408, sowie Neubauer, Gerichtsstrafrecht und Polizeistrafrecht, Gerichtshalle, 1907, Nr. 8 f.

[120]) Das freimütigste Bekenntnis dieser Mißständlichkeit findet sich wohl in den bereits oben angeführten „Studien über die Reform der inneren Verwaltung" S. 3: „Was das Polizeistrafwesen anbelangt, so ist in erster Linie zu bemerken, daß die vielen, in verschiedenen Hofkanzleidekreten, Gesetzen und Verordnungen zerstreuten Bestimmungen, deren Überschreitung mit einer polizeilichen Strafe bedroht ist, nicht einmal von einem Fachmann überblickt werden können. Um so weniger ist der einfache Staatsbürger imstande, sich darüber klar zu werden, was er in den verschiedenen Lebenslagen zu tun und was er zu unterlassen hat, um mit der ‚Polizei' nicht in Konflikt zu kommen." „Gegenüber diesem Übermaße an materiellen Polizei-Strafrechtsbestimmungen steht die Dürftigkeit prozessualer Normen für das Polizeistrafwesen." Vgl. dazu die auch auf den österr. Rechtszustand haarscharf passenden trefflichen Ausführungen Franks, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, XVIII., 743 f.



wonnene Erkenntnis, daß die allgemeinen Prinzipien dieser Rechtsmaterie sich nicht aus den Deliktsgruppen des StGB. gewinnen lassen, weil deren Heterogenität einer unterschiedslosen Behandlung von Delikten unzweifelhaft polizeilicher Natur und solchen, die ausgesprochen kriminellen Charakter an sich tragen, grundsätzlich entgegensteht, daß vielmehr das empirische Material in den zahllosen Polizeivorschriften zu suchen ist, die wir bereits oben als den festen Stamm des eigentlichen Polizeistrafrechts festgestellt haben.

Die zweite weitaus bedeutsamere Bedingung knüpft an eine derjenigen Schwächen der kriminalistischen Lehre an, die zu überwinden erst Goldschmidts tiefdringenden Forschungen vorbehalten war. Denn es gibt vielleicht kein anderes Rechtsgebiet, auf dem die historische Untersuchung so wenig vernachlässigt werden darf als in dem Polizeistrafrecht. Schon dessen unverkennbar enger Zusammenhang mit dem Begriff der Polizei deutet auf die innige Verknüpfung der Schicksale beider hin. Und wie der gegenwärtige Begriff der Polizei nur geschichtlich verstanden werden kann, ebenso wird zugegeben werden müssen, daß ein wissenschaftliches Verständnis der heutigen dogmatischen Gestalt des Polizeistrafrechts nur möglich ist, wenn wir in den Entwicklungsprozeß seines Werdens, soweit davon für das österr. Recht gesprochen werden kann, eindringen, und daß daher die hergebrachte Loslösung polizeistrafrechtlicher Einzelfragen von dem historischen Boden nur auf Kosten dieses Verständnisses sich einzubürgern vermochte. Einen kleinen Ansatz, diesen geschichtlichen Entwicklungsgang zu verfolgen, haben bereits unsere an die Vorläufer des geltenden Strafgesetzes geknüpften Betrachtungen darzubieten versucht. Die folgenden Ausführungen sollen daran unmittelbar anknüpfen, indem sie den entscheidenden Einfluß der staatsrechtlichen Verhältnisse auf die positivrechtliche Gestaltung dieser Materie darzulegen versuchen werden.

Insbesondere aber wird in Zukunft der verwirrende Einfluß der Projektion rechtsstaatlicher Ideen auf Rechtsbildungen, die offenbar dem vorrechtsstaatlichen Zeitalter angehören, zu vermeiden sein, dem sich Doktrin und Praxis bisher so wenig zu entziehen wußten. Die Darstellung des geltenden Polizeistrafrechts muß sich daher von den Einseitigkeiten der modernen Staatsrechtslehre freimachen, von diesen Theorien, die in der Verwechslung der aus den rechtsstaatlichen Prinzipien zu gewinnenden logischen Konsequenzen mit dem herrschenden Rechte ihre letzten Wurzeln haben.

Von dieser Rücksicht, der wir bereits oben tunlichst Rechnung zu tragen gesucht haben, sollen unsere folgenden Ausführungen geleitet sein, die, um mit v. Stein zu reden, bei einem fast vollständigen Mangel an eingehender Literatur und bei wenig ausgebildeter Gesetzgebung die Natur der Sache zu ihrer Hauptquelle machen müssen und sich daher vor allem der Frage zuwenden, auf welcher Stufe historischer Entwicklung sich das geltende österr. Polizeistrafrecht befindet.

Zu den wertvollsten Errungenschaften der rechtshistorischen Forschungen Goldschmidts gehört ohne Zweifel die von ihm aufgestellte Gliederung des genetischen Prozesses, in dem sich für die Verwaltungsstrafgewalt der Übergang vom Polizei- zum Rechtsstaat vollzogen haben soll, in drei Etappen:[121]) von denen die erste mit der Herrschaft des alten Polizeistaats, wo sich die Verwaltungsstrafgewalt unabhängig von Recht

[121]) Mitteilungen der Internat. Kriminalist. Vereinigung. XII. 1905. S. 232.

und Justiz betätigte, der zu Bestrafende rechtlos war, die zweite mit der im Deutschen Reiche gegenwärtig bestehenden Übergangszeit zusammenfällt, da die V.-Str.-Gewalt als objektives Strafrecht und Strafjustiz, der zu Bestrafende als Rechtsobjekt uns gegenübertritt, während die dritte Etappe, in der die V.-Str.-Gewalt als subjektives, vor den Verwaltungsgerichten durchzusetzendes Verwaltungsrecht, der Straffällige als Pflichtsubjekt erscheint, zuvörderst die Verwirklichung aller rechtsstaatlichen Forderungen voraussetzt, um in die äußere Erscheinung treten zu können.

Unanfechtbar steht Goldschmidts[122]) Anschauung da, daß das geltende Recht des Deutschen Reiches auf der Zwischenstufe stehe, auf der die V.-Str.-Gewalt noch als objektives Strafrecht, als Strafjustiz anzuerkennen sei.

Es erhebt sich nun die Frage, welcher dieser Etappen das österr. Polizeistrafrecht in seiner gegenwärtigen Gestaltung angehört. Sollte jene auf das Recht des Deutschen Reiches Bezug nehmende Lehre auch für das österr. Recht Geltung behaupten? Oder entspricht diesem schon die höhere Entwicklungsstufe, die mit der reinsten Entfaltung des Rechtsstaates zusammenfällt, oder sollte es gar die erste Etappe des Polizeistaats noch nicht überwunden haben? Diese Fragen sollen im Folgenden an das klare Licht eindringender Untersuchung gezogen werden.

Knüpfen wir an die Verfassungsgesetzgebung Österreichs an, so bietet sich uns die höchst interessante Erscheinung dar, daß die österr. Gesetzgebung es in kühnem Anlauf unternommen hat, die von Goldschmidt als historisch notwendig gedachte, durch den Kampf des Individualismus gegen den Staat bestimmte Zwischenstufe vom Polizeistaat zum Rechtsstaat, auf der das Polizeistrafrecht als objektives Strafrecht, die Ausübung der Polizeistrafgewalt als Strafjustiz erscheint, mit einem Satze zu überspringen.

In resignierter Zurückhaltung hat es die Gesetzgebung hier allerdings vermieden, gleich mit dem Eintritt in das konstitutionelle Verfassungsleben eine grundlegende Änderung in diesem Spezialgebiet vorzunehmen. Wie ein großer Teil der Dezemberverfassung des Jahres 1867, um realen Wert zu erhalten, erst der Detailausführung noch bedarf, hat sich die Legislation auch auf dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Gebiet darauf beschränkt, ganz allgemein nur die leitenden Grundsätze aufzustellen, die für eine künftige Regelung des Polizeistrafrechts maßgebend sein sollen.

Mit der ihm in Verfassungsfragen eigenen Lapidarität hat der Gesetzgeber hier ein Programm entwickelt, dessen Verwirklichung das österr. Recht auf die höchste Entwicklungsstufe emporzuheben imstande sein wird. Nicht hoch genug ist das Verdienst anzuschlagen, das sich die österr. Verfassungsgesetzgebung dadurch erworben hat, daß sie den theoretischen Streit, der in dem Schlagwort: Bagatellstrafrecht contra Verwaltungsstrafrecht gipfelt,[123]) für das österr. Recht schlechterdings abschneidet und diese kardinale Streitfrage mit einem Schlage zugunsten der verwaltungsrechtlichen Auffassung der Polizeidelikte löst.

Von einschneidender Bedeutung erweist sich in diesem Zusammenhang zunächst das Gesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 145 RGBl., wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abge-

---

[122]) S. Mitteilungen S. 232.
[123]) S. Goldschmidt Mitteilungen S. 231 f.



ändert wird, in seinen legislativen Kompetenzbestimmungen, insofern es in der im § 11 gegebenen erschöpfenden Aufzählung der in den Bereich der Reichsgesetzgebung fallenden Gegenstände unter lit. k) durch die Gegenüberstellung von „Strafjustiz- und Polizeistrafgesetzgebung" dem uns beschäftigenden Unterschied dem Sinne und dem Wortlaut nach eine derart ausgeprägte Fassung verleiht, daß hier alle wissenschaftliche Betrachtung in Zukunft anzuknüpfen haben wird. Damit ist eigentlich die prinzipielle Grundauffassung der österr. Gesetzgebung restlos entschieden. Ist doch hier zum unverkennbaren Ausdruck gebracht, daß Justizstrafrecht und Polizeistrafrecht als voneinander generisch verschiedene Gebiete anzusehen sind.[124])

Daran schließt sich, in gleich prägnanter Weise diese Unterscheidung hervorhebend, Art. IV des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 RGBl. über die richterliche Gewalt, wo sich in der Verheißung einer besondern Regelung „der Gerichtsbarkeit bezüglich der Übertretungen der Polizeistrafgesetze" der Grundsatz der prinzipiellen Sonderstellung der Polizeidelikte gegenüber den Justizdelikten gleichfalls zur gesetzlichen Anerkennung durchgerungen hat.

Die wertvollste Ergänzung haben diese programmatischen Bestimmungen der Verfassungsgesetzgebung aber durch das Gesetz vom 22. Oktober 1875 Nr. 36 RGBl. ex 1876 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, erfahren, das im § 48 seiner Übergangs- und Vollzugsbestimmungen die Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofs in Polizeistrafsachen im Prinzip anerkannt, wenn es auch, in den der österr. Verfassungsgesetzgebung charakteristischen Bahnen wandelnd, sich damit begnügt, die Regelung „der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhange mit der Polizeistrafgesetzgebung" zu verheißen.

Fassen wir das Vorstehende zusammen, so kann es kaum mehr zweifelhaft sein, daß das Polizeistrafrecht nach autoritativer Anschauung des Gesetzgebers grundsätzlich jedenfalls Verwaltungsrecht ist, und daß alle hier einschlagenden Probleme nur im Verwaltungsrecht ihre Lösung finden können. Deutlich spricht sich außerdem in diesem nur in großen Zügen vorgezeichneten Programm der Gesetzgebung der Gedanke aus, daß das Polizeistrafrecht, seinem Wesen nach von dem gemeinen Strafrecht verschieden, ein besonderes Rechtsgebiet darstellt, dessen Ausgestaltung nach spezifischen Grundsätzen nur eine Frage der Zeit sein kann.

Mag nun im übrigen dieses Programm auch in seiner Unfertigkeit um Einiges hinter den von der neueren Theorie aufgestellten Forderungen einer rationellen Regelung des Polizeistrafrechts zurückbleiben, mag die Einsicht unvermeidlich sein, daß sich in die dort entfaltete Architektonik der Aufbau der österr. Verwaltungsgerichtsbarkeit nur ganz stilwidrig einfügt, so wird dem unbefangenen Blicke doch nicht die eminent hohe Auffassung dieser Gesetzgebung entgehen können, die bei richtiger Pflege des gesunden Keimes einer lebenskräftigen Entwicklung entgegengeht und das österr. Recht trotz allen gegenwärtig noch bestehenden Mängeln und Schwächen mit einem Schlage auf die höchste, anderwärts auch nicht annähernd erreichte Stufe der Entwicklung emporzuheben imstande sein wird.

---

[124]) Der Mißgriff in der Wahl der Bezeichnung „Strafjustiz-" statt Justizstrafrecht kann als ganz bedeutungslos nicht weiter ins Gewicht fallen.



Freilich ist damit lediglich die Bahn zu einer den theoretischen Anforderungen entsprechenden Gestaltung des Polizeistrafrechts gebrochen; denn die Gesetzgebungstätigkeit wird hier eben nur in Aussicht gestellt. und darin ist die Erklärung mitbegriffen, daß bis zum Erscheinen dieser Gesetze der herrschende Rechtszustand auf allen Linien fortzubestehen hat.

Was uns durch die Verfassungsgesetzgebung also in dieser Richtung geboten wird, hat gewissermaßen nur die Bedeutung eines Glaubensbekenntnisses, „eines Credo hinsichtlich der Staatsauffassung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Staat und Volk, der Ziele und Aufgaben des Staates.“[125])

Es sind eben nur Verheißungen, die den Übergang zur modernen Staatsordnung zu bahnen bestimmt sind, und deren der Zukunft vorbehaltene Verwirklichung erst das geltende Recht abzulösen vermögen wird, die also insofern dem geltenden Rechte gegenüber mehr an „theoretische Sätze eines Lehrbuchs“ gemahnen.

Diese Perspektivmalerei enthebt uns daher nicht der Mühe, dem gegenwärtigen Rechtszustand auf den Grund zu gehen, um uns darüber ernste Rechenschaft geben zu können und auf diese Weise das Wesen des Polizeidelikts und dessen eigentümliche Merkmale festzustellen, wodurch es sich von dem kriminellen Delikt unterscheidet.

Für unsere Zwecke birgt jene positive Feststellung aber schon im gegenwärtigen Zeitpunkt eine eminent wertvolle Einsicht in sich, indem sie, zum mindesten über den höhern Entwicklungstypus des Polizeistrafrechts Auskunft gebend, uns a priori die Erkenntnis der Rechtswirklichkeit zu erschließen imstande ist. Denn mag es immerhin noch fraglich erscheinen, ob sich das Werdende (Seinsollende) aus dem Seienden ableiten lasse, dem Satze, daß uns das Werdende über das Seiende einen einigermaßen zuverlässigen Aufschluß zu geben imstande ist, wird die Anerkennung nicht versagt werden können. Damit ist aber schon die Natur des geltenden Polizeistrafrechts als Bestandteil des Verwaltungsrechtes von vornherein entschieden. Den folgenden Ausführungen bleibt es vorbehalten, den Nachweis für diesen aus der Entwicklungstheorie gewonnenen Gedanken zu erbringen.

Doch noch eine Erwägung wird hier Platz greifen dürfen. Sind wir uns nur darüber klar, daß einerseits die vorkonstitutionelle Staatsordnung im Sinne der Geschichte des österr. Staatsrechtes mit dem absoluten Polizeistaat zusammenfällt, daß anderseits jene auf das Polizeistrafrecht Bezug nehmenden Verheißungen der Verfassungsgesetzgebung noch durchwegs der Verwirklichung im Sinne rechtsstaatlicher Auffassung harren, welche Schlußfolgerung liegt da näher als die, daß wir in diesem Gebiet auch heute noch auf dem nackten Boden des alten Polizeistaats mit allem, was darum und daran hängt, stehen.[126])

---

[125]) Fricker, Über die Einwirkung des Erscheinens einer Verfassungsurkunde auf das bestehende Recht, Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, 1887, S. 16.

[126]) S. Lienbacher Polizeistrafrecht S. 3: „Die gegenwärtige Polizei-Gesetzgebung und Polizei-Strafgewalt sind als Ausflüsse des früher herrschend gewesenen Staatsrechtes und Staatsprincipes vielfach ein Widerspruch des gegenwärtigen Staatsrechtes und erinnern die Staatsbürger mit jedem Schritte des täglichen Lebens, daß zwar einige Wenige von ihnen an der constitutionellen Gesetzgebung betheiligt, sie Alle aber einem Polizeiregimente unterworfen sind, dessen Principien nicht bloß vom Geiste der Zeit, sondern auch von der billigsten Forderung des Rechtsstaates und selbst von der gegenwärtigen hohen Regierung abgelehnt werden.“

In dieser Auffassung kann uns am wenigsten der immer wieder zitierte „Geist der Verfassung“ irremachen, der die ihm zugemutete Kraftprobe in der Praxis des Polizeistrafrechts, auf die es am Ende doch allein ankommt, kaum immer bestehen wird. Das heißt die ohnehin schwer ringende Gegenwart unter Vergewaltigung der bestehenden Rechtstatsachen leugnen. — Statt dessen wollen wir im Folgenden freimütig darzutun versuchen, daß das österr. Polizeistrafrecht im ganzen auf der Entwicklungsstufe stehen geblieben ist, die es in der Periode der schärfsten Reaktion des ancien régime erreicht hat, und über die ihm die weitgehendsten Kompromisse der modernen Theorien des Rechtsstaates nicht wegzuhelfen vermögen.

§ 5. Die allgemeine Untertanenpflicht zum polizeimäßigen Handeln (O. Mayers) im österr. Recht.

Erhaben über jeden Streit steht heute der Satz, daß Österreich seit dem Jahre 1867 offiziell in die Reihe der Rechtsstaaten getreten ist und mit der absoluten Polizeistaatsform wenigstens im Prinzip für immer gebrochen hat. Allein ein tieferer historischer Blick läßt erkennen, daß gerade auf dem Gebiet des Polizeistrafrechts noch ein ganz erheblicher Rest polizeistaatlicher Grundsätze erhalten geblieben ist, durch den es seine eigentümliche Signatur gewinnt, und den alle die Fundamente des österr. Rechtssystems von Grund aus umwälzenden Stürme nicht zu verwüsten vermochten. Die folgenden Ausführungen werden uns darüber belehren, daß wir hier auf dem schwächsten Punkte unserer Einrichtungen stehen, und daß eine durchgreifende Reform der Gesetzgebung auf den starken Pfeilern der Verfassungsgesetzgebung dringend geboten ist, ehe wir jene auf uns schwer lastenden ererbten Rechtsideen zu überwinden imstande sind, und der Gedanke des Rechtsstaates uns rein und voll verwirklicht entgegentreten kann.

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung genügt es, bis auf das Josefinische Zeitalter zurückzugehen, um das Wesen der reinsten Entfaltung schrankenloser Polizeigewalt zu verstehen. —

Austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit im Rahmen einer gesetzlichen Rechtsordnung zu üben, war auch dem Polizeistaat nicht fremd.[127]) Sich selbst aber Schranken in der Ausübung der Hoheitsgewalt gegenüber den Untertanen zu setzen, sich selbst hiebei in die Fesseln einer bindenden Rechtsordnung zu schlagen, dieser fruchtbare Staatsgedanke mußte hinter einer sich ins Uferlose verlierenden Wohlfahrtsidee zurücktreten. Die Justizstrafgewalt also in die Bahnen und Grenzen des Rechtes zu weisen, war polizeistaatlicher Auffassung ebenso natürlicher Ausfluß des Wohlfahrtsgedankens, als auf dem Gebiet der Verwaltung möglichst freien Spielraum zu behaupten.

Der Realisierung dieser Idee sollte eine ins Ungemessene sich betätigende Polizeigewalt dienen, deren Rechtfertigung immer wieder aus dem stets sich verjüngenden Born der Naturrechtslehre geschöpft wurde, eben jener rechtsphilosophischen Lehre, die den Individualismus so wenig zu opfern gesonnen war, daß sie vielmehr die sog. natürlichen Rechte hervorbrachte, dabei aber auch für natürliche Pflichten („Pflichten, welche

[127]) S. Goldschmidt Mitteilungen S. 233, ders., Materielles Justizrecht (S. A. aus der Festgabe für Hübler), 1905, S. 32, K. S. Zachariae. Vierzig Bücher vom Staate, I., S. 120.

sich von selbst verstehen"[128]) eintrat, deren autoritative Anerkennung durch die die salus publica zur summa lex stempelnde Staatslehre am nächsten geeignet war, ihre schon ehedem im Plane der omnipotenten Staatsgewalt gelegene Geltendmachung zu rechtfertigen.[129]) Der Tendenz des Polizeistaats mußte es daher am vollkommensten entsprechen, diese theoretischen Lehren in ihrer extensivsten Fassung in die Praxis umzusetzen.

Und jener natürlichen Pflichten gab es beinahe ebenso viele als Erscheinungen und Betätigungen des individuellen Lebens im sozialen Zusammensein ersinnbar und die vom Staate zu verwirklichenden öffentlichen Interessen erkennbar waren. Sie alle aber liefen in dem Brennpunkt einer sie voll umfassenden allgemeinen polizeilichen Pflicht zusammen, die Erreichung des obersten staatlichen Zieles der Wohlfahrt zu fördern,[130]) deren Erfüllung in dem Schutze des individuellen Rechtskreises ihr Äquivalent finden sollte.

Dem Geiste dieser naturrechtlichen Anschauung, dieser Annahme natürlicher Pflichten entsprach es, daß die Polizeigewalt hierin die Legitimation für ihre schrankenlose Betätigung als gegeben erachtete und auf das Mittel der Strafe nicht verzichten wollte, wenn ihr augenblicklich kein anderes Mittel zu Gebote stand, dem Einzelnen seine natürlichen Pflichten ins Gedächtnis zurückzurufen.

Und da schließlich nur natürliche Pflichten in Frage standen, wähnte man sich der Notwendigkeit überhoben, dieselben durch vorherige Strafandrohungen einzuschärfen. Der jedem Zweifel entrückte Bestand dieser natürlichen Pflichten war ausreichend, das rigoroseste Gewissen zu salvieren. Damit war aber dem Eindringen des für das Justizstrafrecht bekanntlich schon in der Josefina festgelegten Grundsatzes „nullum crimen sine lege" in dasjenige Gebiet, auf dem sich die Polizeistrafgewalt betätigte, Tür und Angel verschlossen.

Und wenn doch gewisse Verwaltungszweige einer durchgreifenden rechtlichen Normierung unterzogen wurden, an die sich zugleich oft weitgehende Strafbestimmungen knüpften, so war hierbei unverkennbar vorwiegend der praktische Gesichtspunkt entscheidend, Polizeivorschriften von voraussehbar dauernder und für das ganze Reich oder einzelne Kronländer maßgebender Bedeutung zusammenzufassen. Gewiß lag aber die Absicht fern, dem Rechtszweck in seiner negativen Funktion soweit Geltung zu verschaffen, daß die Willkür der Verwaltung in den betreffenden Materien fortan ausgeschaltet sein sollte.[131])

Jene allgemeine polizeiliche Pflicht bleibt daneben immer bestehen; wie ein roter Faden durchzieht sie das komplizierte Gewebe der Materie des Polizeistrafrechts — bis auf die Gegenwart.

---

[128]) Beidtel a. a. O. S. 253.

[129]) S. Zeller, Geschichte der deutschen Philosophie, S. 262; Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 17, wo diese den Unterbau der Wolffschen Rechtsphilosophie bildende Pflichtenlehre in eindringender Weise klargelegt wird.

[130]) Vgl. dazu vor allem die schöpferischen Gedanken O. Mayers in seinem Deutschen Verwaltungsrecht I., S. 250 f. und die dort zit. Literatur, ferner Cucumus im N. Arch. d. Criminalr., VII., S. 236, Hälschner, Das gem. deutsche Strafrecht, Bonn 1881, S. 36, Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 50, Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt, I. 1905, S. 61 ff., Funke, Das Wesen der Polizei, 1844, S. 18 ff.

[131]) S. auch Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 125.

Während nun in den andern kontinentalen Staaten, vor allem aber in Frankreich die Idee der staatsbürgerlichen Freiheit, schon frühzeitig gegen diese in Geltendmachung der unbegrenzten natürlichen Untertanenpflicht sich betätigende Allmacht der Polizei reagierend,[132]) zu ihrer Umwandlung in die Gehorsamspflicht gegenüber der öffentlichen Gewalt führte[133]) und schließlich in zielbewußten Kämpfen die grundsätzliche Scheidung der Verwaltung von der Rechtspflege und im Anschluß daran die Anerkennung des Grundsatzes: nullum crimen sine lege für das Sondergebiet des Polizeistrafrechts durchsetzte, behauptet jener Rechtszustand in Österreich ungeachtet des mannigfachen Wechsels geschichtlicher Phasen zwischen absolutistischer und verfassungsmäßiger Staatsordnung noch seine fortdauernde Geltung.

Die Umgestaltung der staatsrechtlichen Fundamente, die durch die gewaltige Erschütterung des Jahres 1848 hervorgerufen worden war, schuf hierin zunächst keinen Wandel. Die durch die Märzereignisse hervorgerufene Umwälzung des Staatslebens, die die starren Schranken des Absolutismus brechen und dem Konstitutionalismus in Österreich die Bahn eröffnen sollte, hatte die Reformbestrebungen auf strafrechtlichem Gebiet vor allem auf die Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit, die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit, die Institute des Geschworenengerichts und des Anklageverfahrens hingelenkt. Erst im Jahre 1849 war die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer grundsätzlichen Umgestaltung des gesamten Strafverfahrens im Einklang mit den durch die Reichsverfassung ausgesprochenen Prinzipien zur höhern Einsicht gediehen. Auch diesmal war es aber wieder die „Kürze der Zeit",[134]) die neben allen politischen Institutionen auch sämtlichen Rechtsschöpfungen die Merkmale einer überstürzenden Hast aufprägte und es dahin brachte, daß sich die „in getreuer Erfüllung der in der Reichsverfassung enthaltenen Zusage" (a. u. Vortrag) geschaffene Strafprozeßordnung vom 17. Januar 1850 von vornherein nur als eine provisorische kundgab.

Mit der Rezeption der nach englischem Vorbild gebauten Prozeßformen des französischen Rechtes wurde gleichzeitig in konsequenter Durchführung des Grundsatzes der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung und in Ausführung der Grundzüge der neuen Gerichtsverfasung vom 14. Juni 1849 der Grundsatz „nulla poena sine judicio" in das österr. Recht eingeführt, indem auch die Polizeidelikte, sog. einfachen Polizeiübertretungen der Kompetenz der Bezirksgerichte überwiesen wurden (Art. X Z. 3 K. P.).[135])

---

[132]) v. Stein Polizeirecht S. 38 ff., ders., Handbuch der Verwaltungslehre, I. 3. Aufl. 1887, S. 223 f.

[133]) O. Mayer, Deutsch. Verwaltungsrecht, I. S. 272, v. Stein Polizeirecht S. 38.

[134]) S. „a. u. Vortrag v. 18. December 1849, womit der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung zur allerhöchsten Genehmigung vorgelegt wird."

[135]) Hievon waren nur die der Gemeindepolizei zugewiesenen Polizeiübertretungen ausgenommen, deren Ahndung mit Geldbußen bis zum Betrage von 10 Gulden C. M. dem Wirkungskreis des Gemeindevorstandes überlassen war (§ 122 d. kaiserl. Pat. v. 17. März 1849 Nr. 170 RGBl., womit ein provisorisches Gemeindegesetz erlassen wird). — Doch sollten die nähern, auf eine scharfe Sonderung der dem Bürgermeister und der dem Bezirksrichter zugewiesenen Übertretungen abzielenden Bestimmungen in besondern Vorschriften erfolgen. Vgl. Würth, Die österr. Strafprozeßordnung v. 17. Jänner 1850. S. 57.

Der staatsrechtliche Umschwung, von dem die heißersehnte Verwirklichung der freiheitlichen Prinzipien erwartet worden war, hat diesen rechtspolitischen Fortschritt angebahnt. In der Tat war dieser aber nur ein höchst prekärer, weil jener Wechsel tatsächlich nur einen solchen in der Form, nicht aber einen Wechsel des Prinzips bedeutete. Denn nur in formeller Beziehung hatte die Strafverhängung in Polizeistrafsachen damit ihren Charakter als Institut der Verwaltung eingebüßt. Materiell war aber Alles beim Alten geblieben, da doch Art. VI und VII der Einleitung des seine fortdauernde Geltung behauptenden Strafgesetzes die Anwendbarkeit des materiellen Rechtes auf die einfachen Polizeiübertretungen expressis verbis ausgeschlossen hatte, und der Gesetzgeber in dieser Hinsicht eine Änderung vorzunehmen nicht für angemessen erachtete. Keinem Denkenden kann es entgehen, daß es hier nur darum zu tun war, den naiven Volkssinn mit einem dürftigen Brocken abzufinden. Aber auch nur notgedrungen hat die Gesetzgebung diesen Weg betreten. Der zit. a. u. Vortrag macht uns mit jener Resignation bekannt, die sich auch des österr. Gesetzgebers gegenüber jenem „die Juristen in Verzweiflung setzenden Problem“ der Grenzziehung zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht bemächtigt hat. — „Die Grenzlinie,“ heißt es dort, „zwischen den Gesetzesübertretungen, welche den Bezirks-Collegialgerichten und welche den Einzelbezirksgerichten zuzuweisen sind, ist sehr schwer zu ziehen, weil es bisher weder der Wissenschaft noch der Praxis gelungen ist, irgend ein festes und ausschließendes Prinzip für die Sonderung der Verbrechen und Vergehen von den *einfachen Polizeiübertretungen* aufzustellen. Die Natur der strafbaren Handlungen kann nicht allein berücksichtigt werden, man muß vielmehr auch andere Gesichtspunkte beachten. Gewiß ist es, daß Handlungen, deren Bestrafung wegen der denselben zugrundeliegenden verderblichen Gesinnung oder wegen des darin liegenden Angriffs auf die öffentliche Sittlichkeit oder der schweren Bedrohung derselben nothwendig ist (z B. Wucher, Kuppelei, Ehebruch usw.), nicht als einfache Polizeiübertretungen betrachtet werden können.“

Allein nicht lange konnte sich jener rechtspolitisch fortgeschrittene Rechtszustand behaupten. Wie ein kurzer Schimmer sollte er nur zu bald verschwinden. Die provisorische StPO. war erst am 1. Juli 1850 in Wirksamkeit getreten, und schon gelang es den immer größern Boden gewinnenden reaktionären Bestrebungen, die sich ebenso wie mit dem großen politischen Umschwung auch mit einer so weit gehenden Einschränkung der Polizeigewalt nicht zu befreunden vermochten, jene „Grundsätze für organische Einrichtungen in den Kronländern des österr. Kaiserstaates“ (erlassen mit A. H. Kabinettsschreiben vom 31. Dezember 1851) hervorzutreiben, deren uneingestandenes Programm war, durch die Außerkraftsetzung der Verfassung vom 4. März 1849 die Gewalt der Krone gegenüber der seit 1848 mächtig sich entfaltenden Volksbewegung wieder zu befestigen und alle rechtsstaatlichen Errungenschaften über Bord zu werfen. Damit war aber der Entwicklungsgang in ein neues Stadium getreten.

Noch ehe diese Grundsätze auf den übrigen Gebieten des staatlichen und Rechtslebens Verwirklichung finden konnten, hatte die Polizeigewalt sich ihrer lästigen Fesseln entledigt.

Ganz unmerklich vollzieht sich diese durch den Niedergang der frei-

heitlichen Ideen bedingte restitutio in integrum der Polizeigewalt, indem die Justiz der von ihr usurpierten Polizeigerichtsbarkeit entsetzt wird und die sog. einfachen Polizeiübertretungen schlechthin aus ihrem Bannkreis entläßt. Art. V des KP. zum revidierten und geltenden StGB. über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen vom 27. Mai 1852 Nr. 117 RGBl. erklärt ohne jede weitere Erläuterung: Die Behandlung und Bestrafung anderer Gesetzesübertretungen, worauf weder das gegenwärtige Strafgesetzbuch, noch die oben (Art. II) erwähnten besonderen Strafgesetze (sog. Preßordnung) Beziehung haben, bleibt den dazu bestimmten Behörden nach den darüber bestehenden Vorschriften überlassen. Damit sollte zweifellos zum Triumph der siegreichen reaktionären Ideen jene die Kompetenz der Gerichte in Polizeistrafsachen konstituierende Bestimmung der StPO. von 1850 (Art. X) aufgehoben werden.

Man erkennt, wie unsicher und zaghaft die Gesetzgebung diese retrograde Bewegung in Fluß zu bringen beflissen ist. Statt sich zur vollständigen Restaurierung der entthronten Polizeigewalt und deren Wiedereinsetzung in ihre althergebrachte Machtvollkommenheit unter gleichzeitiger Außerkraftsetzung jener den Gerichten zugute kommenden Kompetenzklausel ausdrücklich zu bekennen, greift der Gesetzgeber, den zähen Widerstand gegen jenen rechtspolitischen Fortschritt verleugnend, zu dem bloß negativen Mittel, den Platzhalter der omnipotenten Verwaltung, die Justiz mit kühnem Ruck zu verdrängen, jener es selbst überlassend, die althergebrachte weitgehende Strafbefugnis zu usurpieren.

Erst die aus der erstarkten politischen Reaktion hervorgegangene StPO. vom 29. Juli 1853, die ein Ausfluß jener organischen Grundsätze war, welche der Gesetzgeber für das künftige Strafverfahren festgesetzt hatte, macht diesem Zustand ein Ende, indem sie im § 9 die Kompetenz der Bezirksgerichte, die sich bisher im Sinne der StPO. von 1850 (Art. X Z. 3 KP.) auch mit der ganzen Kategorie von Polizeidelikten zu befassen hatten,[136]) auf das Strafverfahren hinsichtlich derjenigen Übertretungen beschränkt, welche in dem allgem. Strafgesetz als solche bezeichnet oder durch besondere Vorschriften zur Untersuchung und Bestrafung den Gerichten zugewiesen sind.

Und nun begegnen wir einer sehr interessanten Gestaltung der Verhältnisse. Die Erkenntnis, daß die Steigerung des Polizeidrucks sich durch einen die Grundfesten des Staates erschütternden Rückschlag gerächt hatte, drängt jetzt die Staatsgewalt zu einer früher ungeahnten Selbstbeschränkung. Die heftigste Reaktion konnte sich nicht der Einsicht verschlossen haben, daß der größte Triumph für die Verwaltung, die stets den Hauptstützpunkt der Staatsgewalt und daher den Angelpunkt reaktionärer Bestrebungen gebildet hatte, schon dadurch erreicht war, daß sie es durchzusetzen verstanden hatte, ihre Domäne, das Gebiet der Polizeidelikte den Armen der Justiz zu entwinden. Aber nun, da das Volk seit dem Inkrafttreten der StPO. von 1850 zum Bewußtsein der Wohltaten rechtsstaatlicher Ordnung und gerechter justizmäßiger Handhabung der Gesetze gelangt war, konnte man es nicht wagen, die Polizei in ihre vormalige uneingeschränkte Strafgewalt zu restituieren. Über alle reaktionären Lockungen, die Polizeigewalt wieder in ihrer traditionellen Ungebundenheit walten zu lassen, siegt die besonnene Erwägung, die die volkstümliche Aufgabe des Staates erkennt, sich überall, wo er dem In-

[136]) S. aber Art. IV u. V des KP. zum geltenden Strafges. v. 1852.

dividuum mit Zwang entgegentritt, eine gewisse Beschränkung aufzuerlegen und vor allem das Imperium, soweit es sich in der Verhängung von Strafen äußert, in gewisse Schranken zu bannen.

Durch die auf der A. H. Entschließung vom 11. August 1853 beruhende Verordnung der Ministerien des Innern und der Justiz und der obersten Polizeibehörde vom 14. August 1853 Nr. 163 RGBl. (§§ 2,3) wird die „Disciplinarstrafgewalt" (§ 5) gegenüber polizeiwidrigem Verhalten an öffentlichen Versammlungsorten, wodurch die Ordnung und der Anstand verletzt, das Vergnügen des Publikums gestört oder sonst ein Ärgernis gegeben wird — in ihrer willkürlichen Betätigung dadurch beschränkt, daß sie zur Beobachtung des Höchstausmaßes von 8 Tagen bei Verfügung der gefänglichen Anhaltung verpflichtet wird.

Das gleiche Streben nach Beschränkung der staatlichen Zwangsgewalt hatte schon früher gegenüber der schrankenlosen Exekutivgewalt der Verwaltungsbehörden zu einer rechtlichen Regelung der zulässigen Zwangsmittel in der kaiserl. Verordnung vom 14. Mai 1851 Nr. 127 RGBl.[137]) geführt. Und als nun im Jahre 1854 die Ausdehnung des beschränkten Geltungsbereichs dieser beiden Verordnungen auf sämtliche Kronländer in Frage stand, lag der Entschluß nahe, diese innerlich verwandten Rechtsschöpfungen miteinander zu verschmelzen. In der kaiserl. Verordnung vom 20. April 1854 Nr. 96 RGBl.[138]) ward dieses Werk zustande gebracht und damit zugleich ein spezifisches Zeitprodukt geschaffen, das sich, aller Anfechtung trotzend,[139]) bis auf den heutigen Tag in ungeschwächter Geltung

---

[137]) „wodurch eine Vorschrift für die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisse der politischen Obrigkeiten erlassen wird."

[138]) In den uns hier interessierenden Bestimmungen vollkommen gleichlautend d. Verordn. d. Min. d. Inn. u. d. Justiz u. d. oberst. Polizeibehörde v. 25. April 1854 Nr. 102 RGBl., giltig für das lombardisch-venetianische Königreich.

[139]) Insbesondere ist es der Schauplatz des Hauses der Abgeordneten des österr. Reichsrates, auf dem sich seit dem Inkrafttreten der Dezemberverfassung immer erneuter Widerstand gegen diese Verordnung, soweit sie das Polizeistrafrecht betrifft, geltend zu machen pflegt. Nur aus jüngster Zeit seien hier angeführt die Dringlichkeitsanträge der Abgeordneten Dr. Eugen Lewickyj u. Gen. einerseits und Choc u. Gen. anderseits v. 19. Juli bezw. 28. November 1907, die mit aller Entschiedenheit den Widerruf dieser Verordnung forderten. (Stenogr. Prot. d. Haus. d. Abg., XVIII. Session, 16. bezw. 37. Sitzung, S. 1435 und 2804). Leider ist auch die Öffentlichkeit in dem Drange der durch die Ausgleichsvorlage einerseits, durch die Wahlreform anderseits beherrschten parlamentarischen Verhandlungen durch die von den Antragstellern eingebrachten Gesetzesvorlagen nicht weiter berührt worden. Vielmehr ward beiden Anträgen von ungeahnter Tragweite das gleiche Los, unverdienter Vergessenheit anheimzufallen, zuteil. Das Gleiche gilt von dem in der 10. Sitzung (der XIX. Session) v. 23. März 1909 eingebrachten, durch einen darauf Bezug nehmenden Gesetzentwurf unterstützten 2. Antrag der Abg. Dr. Eugen Lewickyj und Gen. „auf Aufhebung bzw. Außerkraftsetzung des § 11 der kaiserl. Verordnung v. 20. April 1854 Nr. 96 RGBl., betreffend die Strafgewalt der Verwaltungs- und Polizeiorgane" (465 d. Beilagen), ferner von dem Antrag der Abg. Forstner und Gen. „betreffend die Aufhebung der kaiserl. Verordnung v. 20. April 1854 Nr. 96 RGBl. und die Vorlage eines Gesetzentwurfes über das Gebots- und Verbotsrecht der Regierung und die Zuweisung aller Strafamtshandlungen bei Übertretungen von Geboten und Verboten der Regierung an die ordentlichen Gerichte." (Sten. Prot., XVIII. Sess., 8. Sitzung v. 4. Juli 1907, 157 d. Beil.). Nur der Antrag d. Abg. Pacher u. Gen. „betreffend die schleunigste Aufhebung der kaiserl. Verordn. v. 1854 über die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisse der landesfürstlichen politischen und polizeilichen Behörden" (Sten. Prot., XVIII. Sess., 57. Sitzung v. 3. April 1908, S. 3964) hat die Erledigung gefunden, in der 61. Sitzung v. 8. April 1908 dem Verfassungsausschuß zuge-

behauptet und das unentbehrlichste Rüstzeug der Verwaltungsbehörden auf allen Linien ihrer amtlichen Betätigung geblieben ist.

Im Vordergrund der wissenschaftlichen Betrachtung, die sich ihr jedoch nur in ganz beschränktem Maße zugewandt hat, stand bisher u. W. lediglich § 7.[140]) Daher mußte die Ausbeute für das Polizeistrafrecht auch gering bleiben.[141]) § 11 hingegen, der sich dafür als ungleich ergiebiger erweist, ja der nach unserer unten näher zu begründenden Auffassung den Hochsitz des geltenden Polizeistrafrechts repräsentiert,[142]) hat bisher keine wissenschaftliche Würdigung gefunden. — Sein Inhalt interessiert uns hier nur insoweit, als er bestimmt:

„Jedes polizeiwidrige Verhalten an öffentlichen Versammlungsorten, namentlich in Hörsälen, Theatern, Ballsälen, Wirts- und Kaffeehäusern usw., dann auf Eisenbahnen, Dampfschiffen, Postwägen u. dgl., wodurch die Ordnung und der Anstand verletzt, das Ver-

---

wiesen zu werden. Die schärfste und treffendste Formulierung hat diese Polemik letzthin wohl in dem Antrag der Abgeordneten W. Fresl u. Gen. v. 3. Mai 1909 gefunden, wo es heißt „Das hohe Abgeordnetenhaus wolle beschließen: Die k. k. Regierung wird aufgefordert, dem Reichsrate baldigst einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit welchem die kaiserl. Verordnung v. 20. April 1854 Nr. 96 RGBl., durch welche den landesfürstlichen und Polizeibehörden gegebene Vorschriften geregelt wurden, als inkonstitutionell und eines parlamentarisch regierten Staates unwürdig, aus den Zeiten des größten Absolutismus stammend, aufgehoben werde." (Stenogr. Protok., XIX. Sess. 16. Sitzung, 583 d. Beil.). — S. dazu auch Gumplowicz, Das österr. Staatsrecht, 3. Aufl. 1907, S. 206, 282 Anm. 11. — Die früher nicht seltene Einwendung, daß die kaiserl. Verordnung v. 1854 durch die Verfassungsgesetzgebung, insbesondere durch den Grundsatz, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe (§ 1 d. Ges. v. 27. Oktober 1862 Nr. 87 RGBl. zum Schutz der persönlichen Freiheit), aufgehoben worden sei, scheint durch die konsequente Judikatur des Reichsgerichts endgültig zum Verstummen gebracht worden zu sein. (S. u. a. E. v. 24. Oktober 1878 Z. 216, 25. Oktober 1879 Z. 203, 21. April 1884 Z. 52, 12. Juli 1884 Z. 129, 14. Oktober 1884 Z. 177, Hyes Sammlung der Erkenntnisse des Reichsgerichts Nr. 172, 202, 295, 261, 305). — Mit der Beschwerde „wegen Verletzung des verfassungsmäßig gewährleisteten Rechts (!) der Trennung der Justizpflege von der Verwaltung" beschäftigt sich das E. d. Reichsger. v. 20. Januar 1886 Z. 6 (Hye Nr. 373).

[140]) „Ist im Wirkungskreise der politischen oder polizeilichen Behörden ein Verbot erlassen worden, solches mag sich auf eine einzelne Handlung oder auf eine bestimmte Gattung von Handlungen beziehen, so haben die betreffenden politischen oder polizeilichen Behörden zur Durchsetzung dieser Vorschrift unmittelbar gegen diejenigen, welche das Verbot zu übertreten suchen oder in dessen Nichtbeachtung verharren, die zum Zwecke führenden Vollzugs- und Executionsmittel in Anwendung zu bringen, und die für den Fall der Übertretung oder Widersetzlichkeit bestimmte oder in Ermangelung einer ausdrücklichen besonderen Strafsanction die im § 11 festgesetzte Strafe zu verhängen.

Übertretungen oder Außerachtlassungen solcher Verbote unterliegen, wenn dafür nicht ausdrücklich eine besondere Strafsanction festgesetzt ist, der im § 11 bestimmten Strafe."

[141]) Soweit diese Verordnung den Vollstreckungszwang betrifft, hat sie ihre eindringende Behandlung erfahren bei Tezner, Handbuch des Österr. Administrativverfahrens, Wien 1896, S. 404 ff.

[142]) S. zutreffend den oben Anm. 139 zit. Antrag d. Abg. Dr. Eugen Lewickyi u. Gen. v. 10. März 1909 und den unten Anm. 333 angeführten Dringlichkeitsantrag d. Abg. Dr. Eugen Petruszewycz u. Gen. v. 6. Juli 1909. A. M. Žolger, Österr. Verordnungsrecht, Innsbruck 1898, S. 230, der die 54er Verordn. nur als „Exekutionsnorm" auffaßt; s. auch Brockhausen, Das Verbotsrecht der Polizeibehörden, Verwaltungsrechtliche und verwaltungspolitische Essays, S. 19.

gnügen des Publikums gestört oder sonst ein Ärgernis gegeben wird, soll unvorgreiflich der etwa eintretenden strafgerichtlichen Verhandlung mit einer Ordnungsbuße von einem bis einschließlich einhundert Gulden Conventionsmünze oder von sechsstündiger bis vierzehntägiger Anhaltung geahndet werden, je nachdem die eine oder die andere Buße nach Umständen angemessener oder wirksamer erscheint.

In Hinsicht der zu verhängenden Strafe ist jedoch von dem Grundsatze auszugehen, daß die Strafe nie höher, als der kleinste Grad jener Strafe zu bemessen sei, welche nach dem allgem. Strafgesetze hätte verhängt werden müssen, wenn die in Frage stehende Handlung die Eigenschaft eines Vergehens oder einer Übertretung im Sinne dieses Strafgesetzbuches gehabt hätte."

Soweit es der unserer Untersuchung gewährte Raum gestattet, sollen hier nur die wesentlichsten Leitsätze, die sich aus diesem dem österr. Polizeistrafrecht seinem ganzen Umfang nach die eigentümliche Signatur verleihenden Paragraphen ergeben, in ihrer bisher nicht gewürdigten Tragweite für das in Geltung stehende Polizeistrafrecht dargelegt werden. Auf dieser Grundlage allein ergibt sich u. E. die Möglichkeit, durch eine Darlegung der Umrisse des Polizeistrafrechts in dessen Wesen einige Klarheit zu bringen.

Vor allem steht man bei der Analyse der zit. Bestimmung der Frage gegenüber, wann „polizeiwidriges Verhalten" anzunehmen ist. Die Elastizität des Begriffs und die dadurch bedingte Unbestimmtheit sind unverkennbar. Dies darf nicht länger wundernehmen, weil doch das eine wesentliche Element dieses Begriffs, die Polizei, eine wechselvolle Geschichte hinter sich hat und auch heute noch nicht einen festen Aggregatzustand angenommen hat. Es leuchtet ein, daß der Begriff des Polizeiwidrigen wesentlich durch den der Polizei seine Bestimmung und Begrenzung erfährt; es wird daher wohl kaum gelingen, zur Klarheit über den Begriff des Polizeiwidrigen zu gelangen, ehe man nicht über den Inhalt des Polizeibegriffs einig geworden ist.

Bei Lösung dieser Aufgabe sind bisher zweierlei Methoden beobachtet worden. Die erste pflegt den tunlichsten Anschluß an das positive Recht zu proklamieren. Eine Nutzanwendung dieser Lehre auf das österr. Recht erweist sich jedoch von Haus aus als undurchführbar, weil eine grundlegende Definition der Polizei, ja überhaupt jede gesetzliche Aussage über diesen Begriff fehlt. Allerdings liegt die Versuchung nahe, ihn induktiv aus den den Verwaltungsbehörden durch das positive Recht zugewiesenen polizeilichen Aufgaben zu abstrahieren. Als einschlägige Bestimmungen kämen hier die Organisationsvorschriften für die Polizeiverwaltungsbehörden in Betracht. Zunächst also § 1 der A. H. genehmigten Grundzüge für die Organisation und den Wirkungskreis der Polizeibehörden vom 10. Dezember 1850[143]) und dann, ihn trotz der Konzision inhaltlich weit überragend, § *22* der Beilage A der Verordnung vom 19. Januar 1853 Nr. 10 RGBl., wo als zur Wirksamkeit des Bezirksamts bezw. der Bezirks-

[143]) „Die Polizeibehörden haben den Gefahren, womit der Monarch, das kaiserliche Haus, die gesetzliche Ordnung, sowie überhaupt der Rechtsbestand und die Wohlfahrt des Staates sowie der Einzelnen bedroht sind, auf den gesetzlichen Wegen vorzubeugen und zu begegnen, die öffentliche Ruhe und Ordnung in dem Bereiche ihres Bezirkes zu erhalten, die Angriffe gegen dieselben und die Verletzungen der Person und des Eigenthumes, mögen sie vom Zufalle herrühren



hauptmannschaft[144]) gehörig erwähnt wird: „die unmittelbare Sorge für die Vollziehung der Gesetze, für die Aufrechterhaltung der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und Ruhe und für die Förderung des Gemeinwohls durch die seiner Aufsicht zugewiesenen Anstalten."[145])

Allein die Inkongruenz dieser Aufgabenkreise, die noch wesentlich dadurch gesteigert wird, daß der Wirkungskreis des Staathalters, dem grundsätzlich die oberste Leitung der Polizei im Kronland anvertraut ist, auf Maßregeln zur Erhaltung der Ruhe, Ordnung und Sicherheit eingeschränkt ist,[146]) verbietet offensichtlich deren Verwertung zur Aufstellung eines einheitlichen Polizeibegriffs. Außerdem gewänne auf der andern Seite die Polizei dadurch die heute als überwunden angesehene Bedeutung einer allen unmittelbaren Staatszwecken dienenden Verwaltungstätigkeit, die ebensowohl alle sicherheitspolizeilichen Funktionen zur Abwendung der bevorstehenden Gefahren als die positiven Veranstaltungen zur Förderung des Gemeinwohls umfaßte. Denn nur gegenüber den Polizeibehörden gilt die rechtliche Beschränkung der Polizeigewalt auf die „Sicherheitspolizei".[147])

Darin ist die Erkenntnis eingeschlossen, daß diese schrankenlose Ausdehnung des Begriffs, der in seiner verschwommenen Allgemeinheit den gesamten Organismus der Verwaltung in der Polizei aufgehen läßt, nur an der Hand der zweiten Methode vermieden werden kann. Ihr Schöpfer ist O. Mayer, insofern er unter Ablehnung jener Lehre, die wähnend, dem Willen des Gesetzgebers zu genügen, für den Polizeibegriff die gesamte innere Verwaltung in Anspruch nimmt, den treffenden Ausspruch gemacht hat:[148]) „Der Begriff (der Polizei) selbst gehört der Wissenschaft und ihrem Fortschritt." Und in der Tat muß anerkannt werden, daß kein Gesetz, das die Feststellung des Polizeibegriffs unternimmt, den ihn bedingenden unvorhersehbaren Wandlungen des staatlichen Lebens und den wandelbaren Auffassungen über die Staatsaufgaben gerecht zu werden imstande ist.

Nun kann es sich uns nicht darum handeln, die verwirrende Fülle der einschlagenden Formulierungsversuche zu vermehren. Für eine eingehende Spezialuntersuchung des Polizeibegriffs ist hier auch kein Raum. Und angesichts des Mangels wissenschaftlicher Bearbeitungen des österr. Polizeirechts dürfen wir uns für unsere Zwecke daran genügen lassen, auch in dieser Hinsicht O. Mayers Ausführungen folgend, den von ihm[149]) aufgestellten Polizeibegriff dieser Untersuchung vorbehaltslos zugrunde zu legen. Danach ist die Polizei „die Staatstätigkeit zur Abwehr

---

oder durch menschliche Thätigkeit, absichtlich oder unabsichtlich, veranlaßt werden, zu hindern, bei vorfallenden Störungen der Ordnung und Sicherheit dem Umsichgreifen des Schadens Einhalt zu thun, die eingetretenen nachtheiligen Folgen zu beseitigen, endlich die Übertreter des Gesetzes auszuforschen, anzuhalten, und den berufenen Behörden zu überliefern."

[144]) Ges. v. 19. Mai 1868 Nr. 44 RGBl.

[145]) Daß hier eine mehr oder weniger erschöpfende Aufzählung der Aufgaben der Polizei intendiert ist, scheint uns zweifellos zu sein; unverkennbar knüpft daran § 35 an, wo es heißt: „Das Bezirksamt trifft alle Maßregeln, welche in Angelegenheiten der Polizeiverwaltung durch die Gesetze oder Weisungen der vorgesetzten Behörden angeordnet werden, oder welche es innerhalb seines Wirkungskreises selbst zu verfügen findet".

[146]) S. § 13 der Beilage C der Verordn. v. 19. Jänner 1853 Nr. 10 RGB.

[147]) Zolger a. a. O. S. 105 Anm. 1.

[148]) Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 250 Anm. 13.

[149]) ibid. S. 249.

von Störungen für die gute Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein mit obrigkeitlicher Gewalt." Das österr. Recht verträgt diese uneingeschränkte Begriffsübernahme umso besser, als die natürliche Unbestimmtheit der Begriffselemente, mit denen die positiv-rechtlichen Äußerungen zu arbeiten pflegen, als Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Förderung des Gemeinwohls, Anstand, Vergnügen des Publikums u. dgl.,[150]) und gegenüber denen es von vornherein in hohem Maße fraglich erscheint, ob hier eine bewußte Differenzierung Platz gegriffen habe, es erheischt, nur dasjenige dieser Elemente ins Auge zu fassen, das hinreichend selbständige Funktion hat, um den Begriffsinhalt auszudrücken, und wegen dieser fundamentalen Bedeutung am ehesten geeignet ist, den Begriff der Polizei als eine bestimmte Vorstellung zu konstituieren. Diesen Anforderungen genügt allein das Begriffselement der „Ordnung", demgegenüber die andern geradezu nur akzidentellen Charakter insofern an sich tragen, als sie zu ihm im Verhältnis der Unterordnung stehen. Mit andern Worten, „Ordnung" ist das am wenigsten determinierte, umfassendste, daher übergeordnete Element, wenn man darunter versteht die Erhaltung des den Verwaltungsinteressen entsprechenden öffentlichen Zustands; ihm ordnen sich alle anderen Elemente restlos unter.[151]) Denn es sollte wohl darüber keinen Zweifel geben, daß die „öffentliche Ordnung" die Sicherheit bedingt, und mit der Wahrung der Sicherheit auch die „öffentliche Ordnung" gewinnt.[152])

Es geht daraus von selbst hervor, daß Polizei und öffentliche Ordnung eigentlich sich deckende Begriffe sind, wobei wir zunächst von der Art der Mittel zu deren Verwirklichung absehen dürfen. Diese Auffassung, die dem allgemeinen und — wie unten noch auszuführen sein wird — auch dem gesetzlichen Sprachgebrauch entspricht, trägt ebensowohl der Erscheinungsform der „öffentlichen Ordnung" als Fürsorgeobjekt der Verwaltung, als auch ihrer transitiven, die Verwaltung im ganzen beherrschenden Bedeutung als Tätigkeit Rechnung. In beiden Formen stellt sich uns die „Ordnung" als das die individuelle Handlungsfreiheit beschränkende Element des Polizeibegriffs dar.[153])

Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß auch die Begriffe „polizeiwidrig" und „ordnungswidrig" einander gleichzusetzen sind, so daß, was unter den einen, auch unter den andern Begriff fällt. Faßt man aber den höhern Begriff „Verhalten" unter dem Gesichtswinkel der Logik näher ins Auge, so wird klar, daß weil polizeiwidriges Verhalten unleugbar den kontradiktorischen Gegensatz zu polizeimäßigem Verhalten darstellt, jenes sich einfach durch die bloße Negation des dieses konstituierenden Unterschieds vollkommen bestimmt und unzweideutig ausdrücken läßt,[154])

---

[150]) Daß die Aufzählung im übrigen nur die Bedeutung einer Exemplifikation hat, darf als unzweifelhaft angenommen werden. Vgl. die Polizeiverordnung für Wien v. 1. November 1791.

[151]) Teilweise zustimmend auch Förstemann, Principien des preuß. Polizeirechts, S. 6, Schilling a. a. O. S. 513.

[152]) S. auch v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte, Verwaltungsarchiv, III., S. 227.

[153]) v. Stein Polizeirecht Einl. XIII: „Es ist unabweisbar, dem Begriffe des Verbrechens eine Idee der sittlichen, dem Begriffe des Vergehens und der Übertretung eine Idee der staatlichen, oder, wenn man lieber will, der administrativen Ordnung zum Grunde zu legen". S. ferner Schulze, Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 537.

[154]) Vgl. Sigwart, Logik, 2. Aufl. 1889, I. S. 366.

so daß im Verhältnis dieser disjunkten Begriffe das Wesen des Polizeiwidrigen sich an seinem Gegensatz, dem Polizeimäßigen ganz klar enthüllen muß.

§ 11 läßt daher auch die Fassung zu: Wer sich nicht polizeimäßig verhält, unterliegt der dort näher bestimmten Ahndung.

Nun herrscht heute allgemeines Einverständnis darüber, daß, jedenfalls seit die Waffe der Strafe in der Hand des Staates liegt, ihre Handhabung die Verletzung einer bestimmten Regel des Verhaltens, m. a. W. ein pflichtwidriges Verhalten zur unerläßlichen Voraussetzung hat.[155]) Der Begriff der Strafe, welche Erscheinungsformen immer sie annehmen mag, fordert zwingend den Begriff der vorausgegangenen Pflichtwidrigkeit; diese ist die conditio sine qua non. Damit sind wir aber wieder bei jener der aus der Naturrechtslehre hervorgegangenen natürlichen Pflichten angelangt, die sich zur allgemeinen Pflicht des polizeimäßigen, „vernünftigen"[156]) Verhaltens konzentriert. Es steht hier die „Bürgerpflicht in dem unbeschränktesten Umfange der Bedeutung" im Vordergrund als die „Verbindlichkeit, dem gemeinen Wesen alles zu leisten, was jeder demselben zu leisten, fähig ist."[157])

Im Lichte dieser Erkenntnis, mit der zugleich der geeignete Boden gewonnen ist, um gewisse Grundbegriffe des Polizeistrafrechts einer Revision zu unterziehen, wird jeder Einwand einer aprioristischen Konstruktion hinfällig, der die von O. Mayer begründete und sich am österr. Rechte so glänzend bewährende Lehre von der allgemeinen Untertanenpflicht gegenüber der Verwaltung zu entkräften unternimmt.

Das schlagendste Dokument für diesen das österr. Polizeistrafrecht beherrschenden Gedanken einer allgemeinen Polizeipflicht bietet im übrigen der Urentwurf des allgem. bürgerl. Gesetzb., dem es unter allen bestehenden legislativen Erzeugnissen allein vorbehalten war, sich über die einschlagende Materie wenigstens andeutungsweise auszusprechen. Dort[158]) heißt es, § 411: Ein Verschulden im rechtlichen Sinne ist eine freie Handlung oder Unterlassung, welche den Zwangspflichten gegen Andere zuwiderläuft. § 416: Besteht ein öffentliches Verschulden nur in einer geringen Abweichung von der gesellschaftlichen Ordnung oder in Vernachlässigung einer gesellschaftlichen Pflicht, so ist es ein Polizei- oder anderes bürgerliches Vergehen.[159])

Haben auch diese Bestimmungen keine Gesetzeskraft erlangt, so

---

[155]) S. Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 175 ff.

[156]) Funke, Das Wesen der Polizei, 1844, S. 3.

[157]) Sonnenfels Handbuch S. 218, ferner Zeiller, Das natürliche Privatrecht, Wien 1808, S. 12: Die allgemeine Rechtspflicht, alle Handlungen zu unterlassen, „wodurch die Geselligkeit (gesellige Ordnung) unmöglich gemacht wird".

[158]) S. Ofner, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches III.

[159]) Man beachte aber auch die unsere Auffassung von der sedes materiae des Polizeistrafr. bestätigende Fortsetzung: „Wird aber die Ruhe und Sicherheit der Gesellschaft boshafterweise und durch eine in den Strafgesetzen ausdrücklich bestimmte Handlung oder Unterlassung gestört, so wird das Verschulden ein Verbrechen genannt. § 417: Über die Folgen der Polizei- und anderer bürgerlichen Vergehungen bestimmen die politischen, die Finanz- und andere dergl. Verordnungen. Was in Rücksicht auf Verbrechen und derselben Betrafung Rechtens ist, darüber entscheidet das Strafgesetz."

bieten sie doch einen klassischen Beleg für die dem österr. Rechtssystem immanente offizielle Rechtsauffassung.[160])

Einen nicht weniger wertvollen Niederschlag dieser Anschauung, durch den ihr dogmatisches Leben bewahrt wird, finden wir ferner auch in den §§ 335, 431 StGB., über deren polizeiliche Natur allgemeines Einverständnis herrscht. Danach ist „jede Handlung oder Unterlassung, von welcher der Handelnde schon nach ihren natürlichen, für jedermann leicht erkennbaren Folgen, oder vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften, oder nach seinem Stande, Amte, Berufe, Gewerbe, seiner Beschäftigung, oder überhaupt nach seinen besonderen Verhältnissen einzusehen vermag, daß sie eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen, oder zu vergrößern geeignet sei," je nach dem Erfolg, aber „auch dann, wenn sie keinen wirklichen Schaden herbeigeführt hat," als Vergehen bezw. Übertretung von den Gerichten zu bestrafen. Es ist dies die maßgebendste legislatorische Bestimmung, in der der Begriff der allgemeinen polizeilichen Pflicht so deutlich und entschieden, als nur möglich zutage tritt, und die der hier gegebenen Auffassung den Charakter einer realen Rechtserscheinung verleiht. Auch die Wahl der Terminologie: „vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften" läßt erkennen, daß diese nur den richtigen Weg weisen, die allgemeine Aufmerksamkeit auf gewisse gefährliche Handlungen kräftiger hinlenken und nicht unmittelbar als verpflichtende Rechtssätze wirken wollen.[161]) Man beachte noch außerdem, daß diese Bestimmungen sich nur durch eine veränderte Stilisierung von den inhaltlich gleichlautenden §§ 90, 183, II. des StGB. von 1803 unterscheiden, wo es wörtlich hieß: „Die schweren Polizeyübertretungen gegen die Sicherheit des Lebens lassen sich unter zwei Classen zusammenziehen: a) Es wird gegen natürliche, allgemeine Pflichten des Menschen, oder gegen die ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes gehandelt; b) es wird etwas unterlassen, was von den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben oder was zu thun, eine von selbst verstandene Pflicht des Standes, Gewerbes oder sonst eines Verhältnisses ist.

Die öffentliche Sorgfalt sieht sich daher aufgefordert, im allgemeinen festzusetzen, daß alle Handlungen und Übertretungen, deren Gefahr oder Schädlichkeit in Ansehung der körperlichen Sicherheit von jedermann leicht eingesehen werden kann, als schwere Polizeyübertretungen zu betrachten sind."[162]) [163])

---

[160]) Ihrem letzten Ursprung nach läßt sie sich unverkennbar auf Chr. Wolffs Lehren zurückführen, die für dieses Gebiet ihre präziseste Fassung in seinem Jus naturae, pars VIII., cap. 1, § 29 erhalten haben: „Universis in civitate competit jus cogendi singulos, ut satisfaciant obligationi suae, si vel facere nolint, vel in eo negligentes se praebeant." S. dazu noch § 28: „Si civitas constituitur, singuli se obligant universis, quod commune bonum promovere velint, universi sese obligant singulis, quod sufficientiae vitae ipsorum tranquillitati securitati prospicere velint."

[161]) Vgl. Kudler a. a. O. I. S. 205, ferner S. 1 ff. Treffend E. d. Oberst. Gerichts- als Kassationshofes v. 26. Oktober 1904 Z. 8583 (Nowaksche Sammlung Nr. 2994 und dort zit. E. v. 12. Juli 1879 Z. 5086).

[162]) Ein deutliches legislatorisches Zeugnis dieser Auffassung bieetet uns ferner die gleichfalls auf die natürlichen Pflichten rekurrierende Generalklausel des § 459 StGB., wo „alle Handlungen und Unterlassungen, von welchen sich eine Feuersgefahr leicht voraussehen läßt, als bei offenem Lichte Flachs, oder Hanf brechen . . . u. dgl." unter Strafe gestellt werden. S. dann noch z. B.



In dem eng begrenzten Rahmen unserer Untersuchung müssen wir es uns an diesen Andeutungen genügen lassen. Eine grundsätzliche Behandlung der Frage, wie weit der Einfluß des unermeßlich reichen Gedankenschatzes der Naturrechtslehre auf die österr. Rechtsentwicklung reicht, steht leider noch aus.

Allein schon aus der erschlossenen Einsicht in diese im österr. Polizeirecht verwirklichte Positivierung des Naturrechts lassen sich Folgerungen von hochbedeutsamer Tragweite gewinnen. Vor allem ruht darin die Offenbarung, daß die „Polizeiwidrigkeit" an sich das Polizeidelikt κατ' ἐξοχήν repräsentiert.

Aber weiter! Wenn die Ausübung der Strafgewalt durch die politischen Behörden nichts weiter erfordert als eine „Polizeiwidrigkeit", d. h. wenn sie unmittelbar auf jede Polizeiwidrigkeit angedroht ist, dann ist hierin mit entschiedener Deutlichkeit ausgesprochen, daß kein Polizeibefehl oder gar im Sinne der herrschenden staatsrechtlichen Terminologie keine rechtsetzende Verordnung und keine Verfügung inmitten zu liegen brauchen. Noch deutlicher: Die politischen Behörden sind befugt, jede Polizeiwidrigkeit zu ahnden, auch ohne vorher den strafbaren Tatbestand formuliert zu haben. Die Polizeiwidrigkeit an sich, dieser generelle Tatbestand, der in der Außerachtlassung der allgemeinen polizeilichen Pflicht sich erschöpft, sich polizeimäßig zu verhalten, oder — wie O. Mayer unübertroffen sagt — nicht störend in die gute Ordnung des Gemeinwesens einzugreifen, ist genügende Voraussetzung der Strafbarkeit.[164]) [165])

Dies ist das Prinzip, dem auch durch den Hinweis auf die unendliche Anzahl von Polizeistrafvorschriften kein Eintrag geschieht. Denn was

---

§ 360 StGB.: „aus natürlicher oder übernommener Pflicht". — Über die durch solche Generalklauseln innerhalb eines systematisch angelegten Gesetzes bewirkte Inkommensurabilität der Strafdrohungen vgl. Otto Hatschek, Die Eidesfrage im Übertretungsverfahren, Österr. Richterzeitung, 1906, S. 48 Anm. 7 (Sep.-Abdr. S. 12). —

[163]) Ein getreues Spiegelbild dieser Gesetzesauffassung bietet sich uns dar bei Martini, Allgemeines Recht der Staaten, Wien 1799, S. 112: „Es sind daher alle Mitglieder des Staates Kraft der bürgerlichen Oberherrschaft zu den bejahenden sowohl als den verneinenden Pflichten verbunden. Diese Pflichten sind von zweifacher Art, nämlich allgemeine, welche aus dem Begriffe des Staates und aus der Hauptpflicht aller Bürger gegen ihre Oberherrschaft fließen, und besondere, eigene, welche von dem einem Jeden aufgetragenen Amte hergeleitet werden. Die erstere enthält folgender Satz: Lebe, soviel dir möglich ist, den Majestätsrechten gemäß. Letztere sind in diesem Satze enthalten: Bestrebe dich um kein Amt, wozu du nicht fähig bist; besitzest du aber eines, so steh ihm mit Würde vor." S. ferner Martini, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechtes, Wien 1783, I. S. 35 ff., II. S. 17 ff.

[164]) Damit steht im Zusammenhang, daß man auch heute noch die Polizeigewalt wesentlich als Strafgewalt aufzufassen pflegt. Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 184 f., 549, 570; v. Stein Polizeirecht S. 36: „Erst an dem Polizeistrafrecht gewinnt die Polizeiverfügung gleichsam ihren Körper; es ist der Weg, auf dem die letztere in das unmittelbar praktische Leben hineingreift, und daher ist von jeher das Polizeistrafrecht das eigentliche charakteristische Moment an dem ganzen Polizeirecht und seiner Entwicklung gewesen."

[165]) Deutlich genug scheint sich uns dieser Gedankengang auch aus den oben S. 55 zit. Bestimmungen des Entwurfs zum bürgerl. Gesetzb., insbesondere aus dem das Kriminalstrafrecht betreffenden Paragraphen abstrahieren zu lassen.

als „Polizeiwidrigkeit",[166]) als Störung der Gemeinordnung anzusehen ist, befindet sich in steter Abhängigkeit von der subjektiven Kenntnis und von der Geistesarbeit des Handelnden und nicht zuletzt von Raum und Zeit.[167]) Es ist das Gebiet der unbegrenzten Divergenzen der Ansichten und Überzeugungen. Es jedoch der individuellen Neigung und beschränkten Einsicht des Einzelnen auch in der Tat anheimzustellen, seinen freien — subjektiver Auffassung vollends preisgegebenen — Reflexionen die Prüfung dessen, was polizeigemäß und was polizeiwidrig ist, zu überlassen, wäre dem staatlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des sozialen Zusammenlebens höchst abträglich; die Strafe fände wohl immer ihre Rechtfertigung, weil sie absolut auf jede Polizeiwidrigkeit angedroht ist, also auch wenn das objektiv polizeiwidrige Verhalten sich subjektiv d. h. vom Standpunkt des Individuums aus als höchst polizeimäßig darstellen würde.

Es entspricht daher nur dem realen Interesse der zur Wahrung der polizeimäßigen Verfassung des Gemeinwesens berufenen Verwaltungsorgane, wenn sie in den Fällen, in denen jene außer ihrer Tätigkeit auch noch ein „Verhalten" anderer Menschen erfordert, jene polizeiliche Pflicht zergliedern und nach billiger Abwägung der zusammengreifenden Interessen regelmäßig gewissermaßen ihr Programm kundgeben und durch polizeiliche Regulative, sei es im Wege des Gesetzes, sei es im Wege der Verordnung, zum Ausdruck bringen, was sie als polizeiwidrig anzusehen gesonnen sind.[168]) Es bleibt demnach die Entscheidung der Frage, was zur Realisierung des öffentlichen Interesses erforderlich ist, lediglich ihrem schöpferischen Ermessen anheimgegeben, das im übrigen — wie noch unten auszuführen sein wird — keiner Rechtskontrolle oder -korrektur unterliegt. Und insofern ist hier nichts anderes als lediglich durch den Zweck des Handelns der Verwaltung geleitete Selbstbestimmung innerhalb ihrer freien Tätigkeitssphäre gegeben.[169])

---

[166]) Interessant ist es, daß wir diesem Begriff als sog. nuisance im englischen Rechte wieder begegnen, jedoch freilich mit dem den springenden Punkt kennzeichnenden, tiefgehenden Unterschied, daß der verwirrenden Vielgestaltigkeit polizeiwidriger Erscheinungen dadurch Rechnung getragen wird, daß durch Common Law oder Gesetz in ganz minutiöser Weise festgestellt ist, was die Natur der Polizeiwidrigkeit an sich trägt. (Vgl. Julius Hatschek, Englisches Staatsrecht, II., S. 508, 510 ff., 521 in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, IV. II. 4.) Es entspricht dies nur dem dem englischen Rechte eigentümlichen Grundsatz, daß niemand anders als durch Urteil und Gericht nach vorhergegangenem ordentlichen Verfahren bestraft werden kann, und daß keine Polizei ohne gesetzliche Grundlage gegen den Einzelnen verfahren darf.

[167]) S. dazu Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 234, wo dieser naturrechtliche Gedanke seine nähere Ausführung erhält, ferner v. Sarwey, Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handb. d. öffentl. Rechts, I. 2., S. 59.

[168]) S. auch M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtl. Abhandl., Heft 2, 1903, S. 124 bei freilich ganz wesentlich verschiedener Auffassung des Wesens des Polizeidelikts.

[169]) Deutlicher als irgendwo sehen wir diesen Zustand erfaßt bei v. Stein Handbuch I. S. 211: „Das Ermessen der Polizei wird daher zur Herrin über jeden Act meiner ganzen bürgerlichen Freiheit. Und da ebenso das Maß, in welchem die Forderungen der öffentlichen Ordnung gelten werden, gleichfalls niemals ein objektives, sondern stets eine subjektive Auffassung der Polizei ist, und darnach Maß und Art der Ordnungsstrafe bedingt, so ist der einzelne Staatsbürger damit auch strafrechtlich dem Ermessen dieser Polizei unterworfen."



Daher kommt es auch, daß — wie schon oben erwähnt wurde — die polizeiliche Tätigkeit namentlich mit der Entwicklung des konstitutionellen Staatslebens immer eingehender durch Gesetze normiert wird, und die polizeilichen Pflichten der Untertanen von Staatswegen ihre weitschichtige Formulierung finden, indem für solche Verhältnisse, die einen gewissen dauernden und allgemeinen Charakter haben und weder zeitlich noch örtlich bedingte Veränderungen erwarten lassen, zusehends eine Spezialgesetzgebung heranwächst, durch die die Verwaltung allerdings ihre rechtliche Gebundenheit erhält.

Notwendig ist dies aber im Sinne des geltenden Polizeistrafrechts keineswegs, eine rechtliche Pflicht hiezu ist nicht gegeben.[170]) Allein das Bedürfnis nach einer gewissen Stabilität und Publizität der jeweiligen Maximen der Staatsverwaltung, vor allem das reale Interesse, die Aufgaben der Staatsverwaltung auch tatsächlich zu erfüllen, der rein praktische Gesichtspunkt der „Beförderung der Folgsamkeit"[171]) treiben diese dürftigen Keime des Grundsatzes: nullum crimen sine lege hervor, die keineswegs auf die Absicht schließen lassen, die nicht benannten Verletzungen der Polizeipflicht als straflos zu erklären, sondern vielmehr nur den Zweck verfolgen, die Bestrafung der hervorgehobenen Verletzungen einer besonderen Regelung zu unterziehen.

Um diesen Entwicklungspunkt zu verstehen, müssen wir aber die traditionelle, zum Dogma erhobene Anschauung überwinden, daß die Ausübung der Polizeistrafgewalt mit der Annahme der konstitutionellen Staatsform mit einem Male von den Grundsätzen des Verfassungs- und Rechtsstaates beherrscht wird, ohne daß es ausdrücklicher Verfassungsemanationen in dieser Richtung bedürfte. Die verfassungsrechtliche Fundierung der Betätigung der Polizeigewalt mag wohl mit dem Aufkommen des modernen Staatsgedankens intendiert worden sein. Allein die Tatsache, daß das österr. Rechtssystem keine das Verhältnis zwischen der strafenden Polizeigewalt und den Untertanen regelnde Gesetzesbestimmung und noch weniger eine dem Art. 4 des Code pénal analoge, die Machtsphäre des verwaltenden Staates beschränkende Bestimmung zur Zeit kennt, daß das Erfordernis der „Typizität" (Beling), der Grundsatz der Spezialisierung der Reate im System des österr. Polizeistrafrechts seinen Ausdruck bisher noch nicht gefunden hat, läßt sich nun einmal nicht aus der Welt schaffen.[172])

Wohl klingt uns auch der Satz: nullum crimen sine lege ganz ebenso wie der: nulla poena sine lege wie eine uralte Überlieferung; aber selbst Binding, von dem diese Worte stammen,[173]) muß an andrer

---

[170]) Diese Auffassung macht sich unverkennbar auch in den Motiven zu dem von dem k. k. Justizministerium im Jahre 1867 veröffentlichten Entwurfe eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen, Wien 1867, S. 13 geltend.

[171]) Zeiller in seinem Vortrage in der 1. Sitzung der k. k. Hofkommission in Gesetzsachen zur Beratung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches (Ofner Urentwurf I. S. 9); s. auch Martini Allgem. Recht d. Staaten S. 33: „Weil die Untertanen nicht von selbst wissen können, was Zeit und Umstände fordern, so ist es nöthig, daß ihnen der Regent Vorschriften gibt. Und weil oft mehrere Mittel zur Erreichung eines Zweckes gleich schicklich sind, so muß er erklären, welche er vorziehe"; ders., Lehrbegriff des Naturrechts, III. S. 40 ff.

[172]) S. Stooss Lehrbuch S. 63.

[173]) Handbuch des Strafrechts, I. S. 17.



Stelle[174]) anerkennen, daß diese Sätze nur eine Anforderung der Neuzeit kennzeichnen, die sich erst durch ausdrückliche gesetzliche Anerkennung zur verbindlichen Kraft durchzusetzen imstande ist.

Ein für allemal wird daher daran festzuhalten sein, daß der Satz: nullum crimen sine lege kein allgemein gültiges Axiom darstellt, sondern nur ein Postulat bedeutet, das auf seine Verwirklichung in der konkreten Gesetzgebung erst besonders geprüft werden muß.[175]) — Und sind wir uns erst einmal darüber klar geworden, daß die Verwaltung hier ihr überkommenes imperium ausübt, dann gilt eben der allen doktrinären Bestreitungen trotzende Satz, daß die Verwaltung nicht bloß dasjenige tun darf, wozu sie durch Gesetz ausdrücklich ermächtigt ist, sondern alles, was ihr nicht durch Gesetz untersagt ist.[176])

Dieses Manko der österr. Gesetzgebung,[177]) das u. E. das bedeutungsvollste und für das fernere Schicksal des Polizeistrafrechts entscheidende Problem bildet, pflegt in der Literatur keine Erwähnung zu finden, weil man sich stillschweigend mit der Argumentation abzufinden scheint, daß Art. XI des Staatsgrundges. über die Reg.- und Vollz.-Gew. schon für die Verordnungsgewalt, somit um so eher für die Handhabung der Polizeistrafgewalt eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung verlange.

In seinem „Österr. Verordnungsrecht" hat aber schon Žolger[178]) gegenüber der Frage nach den Grenzen der Verordnungsgewalt diese Anschauung ganz wesentlich um ihre Überzeugungskraft gebracht. Ganz einleuchtend hat Žolger dort dargetan, daß Art. XI, der die Staatsbehörden für befugt erklärt, „innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises

---

[174]) ibid. S. 205.

[175]) Daß hier crimen in jenem weitern Sinne der überhaupt strafbaren Handlung aufgefaßt wird, ist selbstverständlich.

[176]) G. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 1905, S. 649; treffend O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 131: „soweit kein Rechtssatz da ist, wird doch verwaltet und es ist auch gut." „Wo gesetztes Recht fehlt, da ist das so gewollt und soll ordentlicher Weise so bleiben." Doch damit wenig zusammenklingend heißt es im Anschluß daran: „Wenn kein gesetzlicher Rechtssatz besteht, der die Behörde zu gewissen Eingriffen in Freiheit und Eigentum ermächtigt, so beweist das, daß die gesetzgebende Gewalt solche Eingriffe nicht zulassen wollte." S. auch Oersted, Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, 1818, S. 107. — Darüber, daß solange dieser Satz in dem konkreten Rechtssystem keine exakte Formulierung gefunden hat, der Ausübung der Polizeistrafgewalt der Rechtscharakter abgeht, vgl. unten S. 87, ferner Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 312. — Im übrigen ist zu beachten, daß diesem Satze selbst im Rahmen des allgem. Strafgesetzes nur eingeschränkte Geltung zukommt. So werden im § 459 StGB. die Gerichte angewiesen, „nebst den in den vorhergehenden Paragraphen insbesondere aufgezählten Fällen auch alle anderen Handlungen und Unterlassungen, von welchen sich eine Feuersgefahr leicht voraussehen läßt, als: bei offenem Licht Flachs oder Hanf brechen, ... u. dgl. als Übertretungen, und nach dem Maße zu bestrafen, als sie mit den vorausgeschickten Fällen mehr oder minder übereinkommen", in den Fällen des § 525 StGB., die gleichfalls mit einem vielsagenden „und dergleichen" abgetan werden, „jene Strafe zu verhängen, die sie nach den Umständen zu einem wirksamen Erfolge am zweckmäßigsten erachten." S. ferner § 434 StGB. — Dies alles trotz der emphatischen Verkündigung im Art. IV d. KP.: „Nach Maßgabe dieses Strafgesetzes kann, vom Tage seiner Wirksamkeit angefangen, nur dasjenige als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung behandelt und bestraft werden, was in demselben ausdrücklich als Verbrechen Vergehen oder Übertretung erklärt wird."

[177]) S. auch Lienbacher Polizeistrafrecht S. 57.

[178]) a. a. O. S. 96 f., vgl. auch Ulbrich, Das österr. Staatsrecht. 3. Aufl. 1904, S. 137 f. (in Marquardsens Handb. d. öffentl. Rechts, IV. I. 1. I.).



auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen und Befehle zu erteilen und sowohl die Beobachtung dieser letzteren als auch der gesetzlichen Anordnungen selbst gegenüber den hierzu Verpflichteten zu erzwingen" nicht nur nach seinem Inhalt, sondern auch nach der Entstehungsgeschichte nur das Recht der Verwaltung zur Erlassung von Ausführungsverordnungen im Auge habe, und insofern die Hinfälligkeit der Lehre, welche auch für das österr. Recht das Vorhandensein eines jeden Polizeibefehl legitimierenden Gesetzes verlangt, treffend nachgewiesen.[179])

Unseres Erachtens läßt Art. XI daher der etwaigen Annahme einer durch die lebendige Verfassung gewollten Einschränkung der Polizeistrafgewalt in dem oben gedachten Sinne um so weniger Raum. An anderer Stelle finden wir aber jenen das Requisit positiver Formulierung der Tatbestände fordernden Grundsatz nicht ausgesprochen;[180]) und doch hätte dies wie in anderen Kulturstaaten[181]) geschehen müssen, wenn er im österr. Rechte Geltung beanspruchen wollte.

Solange daher die Polizeistrafgewalt von rechtsstaatlicher Einschränkung in diesem Sinne noch entfernt ist, handelt die Verwaltung bei Kundgabe der den Untertanen obliegenden Pflichten nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit; ihre Enunziationen sind insolange Ausflüsse eines durchaus freien Ermessens.

Diesem auf erkenntnis-kritischer Grundlage gewonnenen Ergebnis entspricht die Erwägung, daß die Norm nicht eigentlich das Gebot oder Verbot zutage fördert, sondern insofern nur potentiell wirkt, als sie lediglich die das natürliche Maß für die Beurteilung polizeiwidrigen Verhaltens bietende Verwaltungstendenz zum Ausdruck zu bringen bestimmt ist[182]) und die Bedingungen feststellt, bei deren Erfüllung dem Einzelnen Straflosigkeit gewährleistet wird. Die praktisch wichtigste Konsequenz für

---

[179]) Als ausschlaggebend fällt hiebei für uns noch ins Gewicht, daß die österr. Verwaltungsstellen tatsächlich ein weitgehendes Verordnungsrecht praeter legem ausüben, das von den gesetzgebenden Körperschaften anerkannt zu werden scheint. Qui tacet, consentire videtur. S. auch Prazák, Die Bedeutung der res judicata im österr. Verwaltungsrechte, Österreichisches Verwaltungsarchiv, II. 1905, S. 132 Anm. 4. Auch v. Stein wird trotz den gerade an diesem Punkte bestehenden Schwächen seines Systems hier zu Wort kommen können mit dem unbestreitbar richtigen Satze: „Denn das Wesen des verfassungsmäßigen Verordnungsrechts zeigt, daß da, wo das Gesetz fehlt, die Verordnung das Recht hat, dasselbe mit vollem Recht der Gesetze zu ersetzen, und daß, wenn dadurch eine Beengung des freien staatsbürgerlichen Rechts entsteht, die Verordnungsgewalt nicht haftbar, sondern, daß es Sache der Gesetzgebung ist, durch spezielle Gesetze der letzteren ihre Gränze vorzuzeichnen. Um zu einem wirklichen verfassungsmäßigen Verordnungsrecht zu gelangen, muß daher die Gesetzgebung nunmehr die Aufgabe anerkennen, ein gesetzliches Polizeirecht zu schaffen, und somit die staatsbürgerliche Freiheit durch Gesetze statt durch Verordnungen in ihrer Sphäre zu beschränken, wo die öffentliche Sicherheit dies fordert." — Ebensowenig läßt sich leugnen, daß hier in der Tat mancherlei Polizeigewalt geübt wird, wofür sich die nach dem „verfassungsrechtlichen Prinzip" zu fordernde ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage nirgends finden läßt.

[180]) Unrichtig Makarewicz a. a. O. S. 93, wenn er im Art. IV des KP. zum geltenden StGB. eine dem § 2 des RStGB. entsprechende Vorschrift erblickt, weil doch Art. IV die Geltung des Satzes nullum crimen sine lege auf das von den Gerichten zu handhabende Strafrecht, also das Justizstrafrecht in unserm Sinne beschränkt, während die Geltung des § 2 für das gesamte Strafrecht unbestritten ist. (S. u. a. v. Bar im Gerichtssaal, XL., S. 433.)

[181]) S. darüber Binding Handbuch S. 205 ff.

[182]) Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 550.

die auf Hinwegräumung aller möglichen Hemmungen der polizeimäßigen Gestaltung des Gemeinwesens abzielende Verwaltung bleibt allerdings die, daß nun der Einzelne sein Verhalten der in der Norm enthaltenen Willensäußerung anpaßt, daß die einzelnen persönlichen Kräfte die in der Bestimmungsnorm geforderte, dem Verwaltungsinteresse entsprechende Tätigkeit entfalten.[183])

Für uns ergeben sich aber hieraus zwei wesentliche Folgerungen.

Zunächst die, daß in diesem Stadium der Entwicklung nur uneigentlich von Polizeibefehlen gesprochen werden kann, daß wir es vielmehr nur mit Mahnungen, Anweisungen über das, was der Einzelne zu tun hat, um jener allgemeinen polizeilichen Pflicht zu genügen, mit Instruktionen zu tun haben, die die durch den Wortlaut gegebenen Pflichten nur deklarieren und nicht konstituieren und insofern keine selbständig bindende Kraft haben.[184])

Ein einfaches aus dem täglichen Leben zu gewinnendes Beispiel mag dies vielleicht klar machen. Man vergegenwärtige sich die eine österr. Spezialität bildenden Tafeln mit der Aufschrift „Die Verunreinigung dieses Ortes ist strengstens untersagt." Ausnahmslos prangen sie an Örtlichkeiten, die immer wieder Spuren der Übertretung des Verbots erkennen lassen. Wer wollte nun in der Tat hierin einen Freibrief für die Verunreinigung aller übrigen nicht dergestalt protegierten Örtlichkeiten erblicken? Leuchtet nicht vielmehr ein, daß hierin nur ein Appell an die bereits als bestehend angenommene Pflicht, sich polizeimäßig zu verhalten, d. h. im vorliegenden Falle sich jeder die Öffentlichkeit berührenden Verunreinigung zu enthalten, gelegen ist, eine Mahnung, sich nicht durch das dieser Pflicht widerstreitende Äußere der Umgebung des Ortes zur Annahme ihrer Aufhebung verleiten zu lassen?

Von dieser Erwägung aus ergibt sich, daß die einzelnen auf die Verwirklichung des öffentlichen Interesses abzielenden Willensäußerungen der Verwaltung nur als Spezifikationen jener allgem. polizeilichen Pflicht aufzufassen sind, die nur die Bedeutung einer Einschärfung haben, und insofern in ihrer Ursprünglichkeit die Natur eines reinen Verwaltungs-

---

[183]) S. dazu die unübertreffliche Darstellung über die Fortbildung des öffentlichen Rechtes durch die Verwaltung bei Laband, Das Strafrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl. II., S. 173 ff., ferner Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 550.

[184]) Im Sinne der modernen Staatsrechtswissenschaft wird man sie als Ausführungsverordnungen gelten lassen können, deren Zweck anerkanntermaßen (s. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 378 f.) nicht auf die Schöpfung neuer Rechte und Pflichten gerichtet ist, indem sie bereits bestehendes Recht zur Anwendung bringen. Ihrem Inhalt nach wären sie als Verwaltungsverordnungen zu bezeichnen, als „Mitteilungen an das Publikum, welche inhaltlich Äußerungen des sozialen Verkehres sind, wie sie das tägliche Leben in Fülle bietet, die entweder den Charakter der Solennität erhalten sollen oder den Zweck weitgehendster Publicität verfolgen und deshalb von der Regierung oder in ihrem Auftrage vorgenommen werden." (Jellinek ibid. 388 f.). — S. ferner Gneist, Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preußen, 1880, S. 28, Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 184 ff.; Ulbrich Lehrbuch S. 339, bei dem diese Erscheinung freilich auf das Wesen der allgemeinen Rechtsordnung basiert wird. — Im übrigen ist die gesamte auf österr. Boden erwachsene Literatur der 1. Hälfte des vorigen Jahrhunderts von diesem Gesichtspunkt beherrscht. Vgl. u. a. Kopetz a. a. O. II. S. 698: „Wer die gemeinnützigen Warnungen, Belehrungen und Vorschriften der Polizei vernachlässigt oder überschreitet, wird daher umsomehr verantwortlich, als die schädlichen Folgen sich nicht bloß auf den Urheber, sondern häufig auf die ganze

aktes an sich tragen.[185]) Im Sinne der staatsrechtswissenschaftlichen Terminologie ist zu sagen, sie schaffen nicht neues Recht, sondern weisen nur auf die aus jener als rechtlich anerkannten Pflicht fließenden Rechtswirkungen hin.

Die zweite Folgerung von ebenso großer Tragweite gipfelt in der Erkenntnis, daß die auch in der neuesten Zeit immer wieder im Vordergrund der wissenschaftlichen Betrachtungen stehende Frage, wo die Grenze für die polizeiliche Tätigkeit gegenüber der selbständigen individuellen Persönlichkeit des Staatsbürgers zu setzen sei oder — in präziserer Formulierung — nach dem Verbotsrecht der Polizeibehörden[186]) eigentlich zu den curae posteriores gehört und sich praktisch nur allmählich

---

Gesellschaft oder einen größeren Theil derselben erstrecken und in dem Zustande der gesellschaftlichen Ordnung und Sicherheit Störungen veranlassen, welche durch die allgemeine Beobachtung der schuldigen Rücksichten gegen dieselbe hätten vermieden werden können." Stahl, Die Philosophie des Rechts, 4. Aufl. II. B. 1. Abt., S. 275. S. im übrigen auch Montesquieu in dem unten Anm. 369 angeführten Zitat. — Außerdem mag dies auch ein einziges wahllos herausgegriffenes Beispiel klar machen. Öffentliche Ärgernis erregende Tierquälerei stellt sich zweifellos von vornherein als „Polizeiwidrigkeit" im Sinne des § 11 dar. Wenn nun die Verordn. d. Min. d. Innern v. 15. Februar 1855 Nr. 31 RGBl. dies noch besonders zum Ausdruck bringt, so ist darin füglich nicht die Aufstellung eines neuen Polizeideliktstatbestandes, sondern einfach eine auf jene allgemeine Polizeipflicht hinweisende Instruktion zu erblicken.

[185]) Inwiefern diesen Verwaltungsvorschriften die Kraft und Wirkung von Rechtssätzen beizulegen ist, mag hier unerörtert bleiben. Diese Frage fällt aus dem Rahmen dieser Untersuchung. Vgl. hierüber die scharfsinnigen Ausführungen Goldschmidts Verwaltungsstrafrecht S. 558 ff., ferner ders., Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre in der Festgabe der Jurist. Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, 1903, S. 415 f. und Mitteilungen XII. S. 226 f., 244. Ebensowenig fällt hier die dem rechtsstaatlichen System (s. Jellinek Gesetz und Verordnung S. 367, Jolly, Das Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden, 1864, S. 2, v. Stein Handbuch I. S. 220) angehörige Unterscheidung zwischen der allgemeine Verpflichtungen geltend machenden Polizeiverordnung und der nur auf den konkreten Fall Bezug nehmenden Polizeiverfügung weiter ins Gewicht. Dem herrschenden Rechtszustand, der alle polizeilichen Anordnungen als auf der Amtsgewalt der politischen Behörden beruhend erscheinen läßt, entspricht allein der Satz Gneists: „Was die Obrigkeit im einzelnen Falle zu gebieten oder zu verbieten befugt ist, mag sie auch für alle Fälle gleicher Art gebieten und verbieten.". (Holtzendorffs Rechtslexikon, III., S. 1059.) S. ferner Jellinek ibid. S. 367 Anm. 3 und S. 378, 386, wo die Verordnung als Generalverfügung bezeichnet wird; Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, 1884. S. 22; Bornhak, Preußisches Verwaltungsrecht, III. 1890, S. 137: „Der Zweck jeder polizeilichen Anordnung ist die unmittelbare Herstellung eines polizeimäßigen Zustandes. Die unmittelbare Herstellung eines tatsächlichen Zustandes geschieht aber in der Rechtsform der tatsächlichen Anordnung, die für den einzelnen Fall wie allgemein ergehen kann." S. 138: „Dem Zwecke der staatlichen Tätigkeit handelt es sich um eine tatsächliche Anordnung. Zur Erreichung des Zweckes wird aber nicht die diesem entsprechende Form, sondern diejenige der Strafrechtsnorm gewählt." — Daß der wahre Rechtsstaat freilich auf eine prinzipielle Abgrenzung zwischen Verordnung und Verfügung nicht leicht verzichten kann, steht für uns auf einem anderen Brette. — Darüber, daß insbesondere im österr. Rechte der Ausdruck Verordnung oft als Kollektivbezeichnung für verschiedengeartete Willensäußerungen der Verwaltung verwendet wird, vgl. Žolger a. a. O. S. 1 ff., ferner Jellinek ibid. S. 129 f.

[186]) S. Brockhausens treffliche Ausführungen in den verwaltungsrechtlichen und verwaltungspolitischen Essays 1908 (auch in Grünhuts Ztschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht, XXIII. 1896, S. 455 ff.).



durch einen sorgfältigen Umbau der ganzen Staatsordnung wird lösen können.[187])

Viel tiefer als diese berührt uns heute, da wir von rechtsstaatlicher Gestaltung des Polizeistrafrechts ebensoweit entfernt sind als von der völligen Abdankung polizeistaatlicher Maximen, die Frage nach der Verbots**pflicht** der zur Ausübung der Polizeigewalt berufenen Behörden, die, wie oben dargelegt, zu deren Gunsten in dem Sinne zu entscheiden ist, daß es zur Geltendmachung der Verbindlichkeiten, welche sich aus jener allgemeinen polizeilichen Pflicht ergeben, keines von der Ahndung verschiedenen Willensaktes der Verwaltung bedarf.

Das natürlichste politische und staatsrechtliche Postulat des modernen Rechts- und Verfassungsstaates bleibt allerdings, daß er „die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechtes genau bestimme und unverbrüchlich sichere." (**Stahl**). Allein die Vorstellung von dem aus der Reaktion des Individualismus gegen die Gewalt übende Staatsmacht herausgewachsenen Rechtsstaat an sich schließt dies nicht in so absoluter Weise in sich, daß die Wirkung dieses Grundsatzes auf die Verwaltungstätigkeit ganz unabhängig vom Inhalt der Gesetzgebung des konkreten Staates eintreten könnte; und solange dieses Postulat nicht expressis verbis legis verwirklicht ist, stellt sich die Forderung der Erfüllung der allgemeinen polizeilichen Pflicht, die gute Ordnung nicht zu stören, als unabhängig von einer Willensaktion der Verwaltung dar.

Freilich müssen wir uns darauf gefaßt machen, mit dieser hier dargelegten, anscheinend subversiven Auffassung bei der herrschenden Staatsrechtslehre in ihrer theoretischen Schärfe und ihren Anforderungen der reinen Wissenschaft großen Anstoß zu erregen. Doch muß es Jedem bei ungefangenem Besinnen einleuchten, daß uns das positive Recht, allen „verfassungsmäßigen Bedenken" zum Trotz, auf allen Linien dieses Gebiets so kläglich im Stiche läßt, daß man immer wieder jenen „Geist der Verfassung" zu zitieren sich bemüßigt sieht, dem geradezu magische Wirkungen beigemessen zu werden pflegen. Warum sollen wir uns aber diesem wankenden Boden noch länger anvertrauen, wenn wir zugestehen müssen, daß die freien Institute der Verfassungsurkunde nur zu einem geringen Teile in die Rechtswirklichkeit getreten sind, daß aber die aus dem Geiste der Verfassung abgeleiteten Sätze noch kein geltendes Recht bieten?[188]) Als unzulässig ist es aber stets gekennzeichnet worden, positives Recht durch Doktrinen, mögen sie die scharfsinnigsten sein und unbestritten dastehen und die Grundideen der konstitutionellen Theorie für sich haben, ersetzen zu wollen, wobei ganz wesentlich ins Gewicht fällt,

---

[187]) Denn auch die moderne Staatsrechtslehre wird anerkennen müssen, daß mit dem unbestreitbar richtigen Satze, daß die politischen Behörden zum Erlaß von Polizeiverordnungen jedenfalls insoweit ermächtigt sind, als der Umfang der ihnen eingeräumten **Polizeistrafgewalt** reicht, bei dem geltenden Rechtszustand nicht viel gewonnen ist.

[188]) Vgl. **Fricker** a. a. O. S. 14: „Die lex ferenda ist eben nicht lex lata, auch dann nicht, wenn sie durch die Verfassung selbst in Aussicht gestellt, und ihre Schaffung gewollt ist." Zutreffend auch **Thoma**, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1906 I., S. 112: „Die Verfassungsemanationen boten zu dieser Umwandlung (sc. des Polizeistaats zum Rechtsstaat) die Voraussetzung, nicht schon die Vollendung."



daß man hiebei außer Stande ist, die wichtigsten Wahrheiten des positiven Rechtes in ihrer vollen Bedeutung zu würdigen.

Insbesondere ist aber nach dem Stande der herrschenden Staatsrechtswissenschaft auch der Einwand zu gewärtigen, daß den Polizeibehörden im Sinne unsrer Auffassung mit dem § 11 eine gefährliche, tief einschneidende Waffe in die Hand gegeben sei, der gegenüber die Freiheit des Einzelnen ganz ernstlich bedroht erscheine, und gegen die sich dessen persönliche Kräfte in ihrer freien Entfaltung nur schwer zu wehren vermögen. Das will aber auch nicht geleugnet werden, daß dadurch das Maß der Befugnisse der politischen Behörden sehr weit gesteckt ist, und in der Tat die individuelle Freiheit in steter Abhängigkeit von den auf irgendwelchen subjektiven Auffassungen der Polizeiorgane über die Natur des Polizeiwidrigen beruhenden Meinungen der letzteren bleibt.[189]) Nur so wird es jedoch begreiflich, daß sich alle Anfechtungen und aller Eifer gegen den geltenden Rechtszustand in der Hauptsache gegen diese

---

[189]) Ob aber selbst die kasuistischeste Gesetzgebung, etwa nach dem Muster des englischen Rechtes, eine wirksame Remedur gegenüber der gegenwärtig unleugbar bestehenden Anpassungsmöglichkeit an die wandelbaren Bedürfnisse des Tages zu bieten im Stande ist, bleibt immerhin fraglich. Denn zieht man das Fazit der ungezählten Versuche, die Grenzen der Polizeigewalt auch nur annäherungsweise festzustellen, so wird man sich kaum der Erkenntnis zu verschließen vermögen, daß die hier immer wiederkehrenden abstrakten rechtsphilosophischen und sittlichen Forderungen die reiche Vielgestaltigkeit des Lebens auch nicht annähernd zu erfassen imstande sind. Und doch fallen auch sie, wenn man näher zusieht, nur mit der vernünftigen Erwägung des Zweckmäßigen und Tunlichen zusammen, die den Polizeistaat zu den weitgehendsten Eingriffen in die Freiheitssphäre zu legitimieren pflegte. S. O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 39 f., Stahl a. a. O. II. 2. S. 588: „Ihre (sc. der Polizei) Tätigkeit ist dieser Aufgabe gemäß schöpferisch und muß deswegen auch frei seyn. Nur Schranken dürfen ihr durch das Gesetz gezogen werden, aber den Inhalt ihrer Anordnungen und Thätigkeit darf das Gesetz nicht bestimmen, sondern der Geist und die freie Beurtheilung ihrer Lenker und Versorger, welche alle konkreten Umstände und den Erfolg erwägen"; ferner zu der konkreten Frage insbes. Gumplowicz a. a. O. S. 282 Anm. 11. — Es kann aber auch O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 252 nicht ganz beigestimmt werden, insofern er in dieser allgemeinen polizeilichen Pflicht ein hinreichendes rechtliches Maß und Ziel der allgemeinen Ermächtigungen erblickt, mit denen sich der Rechtsstaat in polizeilichen Dingen zu begnügen pflege; oder S. 253: „Andererseits gibt diese Grundlage einer vorausgesetzten Untertanenpflicht, welche die Polizei nur geltend zu machen hat, dem ganzen Begriff erst seine feste Abgrenzung." — Dem Ideal des Rechtsstaates wird, so denken wir, die einfache Berufung auf diese Pflicht zur Legitimation der polizeilichen Anforderungen kaum zusagen können. Ihm entspricht allein die Potenzierung dieser allgemeinen Pflicht zur Pflicht des verfassungsmäßigen Gehorsams gegenüber Polizeibefehlen, zu deren Emanation die Verwaltungbehörden erst verbunden werden müßten. Unsere Ausführungen dagegen nehmen nur auf den transitorischen Rechtszustand bis zur Ausgestaltung des Verfassungswerkes Bezug und können daher auch vor einer streng verfassungsrechtlichen Auffassung bestehen, die die Grenzen der Staatsgewalt ganz im Sinne verfassungsmäßiger moderner Anschauungen festgelegt haben will. S. Thoma a. a. O. S. 112 f., Laband Staatsrecht II. S. 180, ferner 173: „Das ist das Merkmal des Rechtsstaates, daß der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes." — Leider läßt sich aus der ihre Erkenntnisse sorgsam zurückhaltenden Verwaltungspraxis nur dürftiges Beweismaterial gewinnen, so daß wir auf das übereinstimmende Zugeständnis ganz bewährter Verwaltungsmänner angewiesen bleiben, daß mit der Beseitigung des § 11 die Verwaltung ihres wesentlichsten Machtmittels beraubt und die Polizeistrafgewalt ganz lahmgelegt würde.

durch den § 11 ihre wesentliche Signatur erhaltende Verordnung wenden, die den Hauptsitz des österreichischen Polizeistrafrechts darstellt.[190])

„Wir haben in Österreich," konnte daher Abg. v. Plener in der Sitzung des Hauses der Abgeordneten vom 18. März 1875 sagen, „noch jene berühmte Verordnung vom 20. April 1854 über die Grenzen der Vollzugsgewalt der politischen Behörden — ein Unicum, welches die schrankenlosesten Entscheidungen, die schrankenloseste Willkür der Administrativbehörden erweckt, und mich hat es immer am allermeisten gewundert, daß man bei der liberalen Reform der Gesetzgebung dieses Gesetz nicht vor allem einer Revision unterzogen hat, daß man nicht vor allem das Bedürfnis nach einem Gesetz gefühlt hat, welches die Grenzen der Vollzugsgewalt der administrativen Behörden regelt, welches allein die Basis für die Einführung einer Jurisdiktion in die Verwaltung geben könnte."[191])

Damit aber hier keine Dunkelheit Platz greife, sei abermals scharf betont, daß sich mit der hier vertretenen Auffassung, die der herrschenden Lehre so wenig entspricht, nicht ein die Idee des Rechtsstaates ignorierender theoretischer Satz zur Geltung bringen will, sondern nur unter Vermeidung aller einschlägigen Fiktionen vom Boden der konkreten österr. Rechtszustände aus den bestehenden Rechtstatsachen Rechnung getragen werden soll.[192]) Wir berufen uns daher nicht auf den allgemeinen Charakter der Staatsverwaltung als einer freien Zwecktätigeit, der vermeintlich die hier dargelegten difformen Rechtszustände zu heiligen im Stande wäre, sondern erkennen vielmehr an, daß auch diese freie Zwecktätigkeit für die Fälle, in denen sie der Rechtssphäre des Individuums gegenübersteht, mit bestimmten gesetzlichen Schranken umgeben werden muß. Und darüber besteht auch für uns kein Zweifel, daß auch die Verwaltung sich innerhalb der Schranken des Rechtes zu halten hat. Aber innerhalb der Schranken und noch weit eher, wenn keine Schranken bestehen, hat sie freien Spielraum. Da mag sie sich in ihrer durch das Gesetz nicht beengten Tätigkeit von Gründen der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit leiten lassen.

§ 6. Die rechtliche Seite des Polizeidelikts im österreichischen Recht.

I.

Unsere bisherigen Betrachtungen müssen sich ferner auf den Einwand gefaßt machen, daß wir die Bedeutung des im zitierten § 11 aufgestellten Begriffs der Polizeiwidrigkeit überschätzen, daß wir es hier vielmehr nur mit einem Tatbestand zu tun haben, dem insofern lediglich subsidiäre Geltung zukomme, als seine Anwendung auf diejenigen Fälle beschränkt bleibe, für die sich kein Tatbestand des allgemeinen Strafgesetzes ausfindig machen lasse. Danach träfe unsere „Polizeiwidrigkeit" nur geringfügige Störungen des öffentlichen Friedens, es stünde hier eine

---

[190]) S. auch Grünwald, Der Verwaltungsgerichtshof, Wien 1875, S. 79 Anm. 94.

[191]) S. dazu die oben Anm. 139 zit. Anträge der Abg. Dr. Eugen Lewickyi und Dr. Petruszewycz, ferner Pann, Beiträge zur Reform des Verwaltungsrechts, Wien 1877, S. 91.

[192]) S. zutreffend Ferd Schmid a. a. O. S. 446., vgl. dazu auch Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 20.

auf ein enges Gebiet eingehegte Aushilfsbestimmung allein in Frage, der ungefähr die Funktion des Unfugsparagraphen im Deutschen Recht zukäme.

In der Tat ist der Beisatz, „wodurch die Ordnung und der Anstand verletzt usw." geeignet, diesem Einwurf einen Schein von Berechtigung zu verleihen, sofern man in ihm Konkretisierungsmerkmale des „polizeiwidrigen Verhaltens" zu erblicken geneigt ist. Allein schon oben haben wir unter Berufung auf O. Mayers Autorität auf die Untunlichkeit einer Anknüpfung an die in Gesetzen gewählte Ausdrucksweise bei Aufzählung der Elemente des Polizeibegriffs hingewiesen und angedeutet, mit welcher Vorsicht jeder Versuch einer solchen Begriffsfeststellung durch das Gesetz aufzunehmen ist. Im übrigen wurde schon dort betont, daß als hervorstechendstes Element für diesen Zweck stets die „Ordnung" im Auge zu behalten ist, und in dieser Auffassung finden wir uns wesentlich durch die im Archiv des k. k. Ministeriums des Innern vorfindlichen Materialien zu der Verordnung vom Jahre 1854 bestärkt, wenn dort die „Polizeiwidrigkeit" als „minder verpönte Ordnungswidrigkeit" bezeichnet wird.

Freilich hat auch dieser Begriff eine beträchtliche Wandlung durchgemacht. Zum ersten Male begegnen wir dem Ausdruck: polizeiwidriges Verhalten in der Verordn. des Min. d. Innern und der Justiz und der obersten Polizeibehörde vom 14. August 1853 Nr. 163 RGBl., wo dessen Ahndung als Ausfluß der Disziplinarstrafgewalt der politischen Behörden mit dem Vorbehalt angesehen wurde, „daß damit keine nach dem allgemeinen Strafgesetzbuche strafbare Handlung begangen wurde, in welchem Falle die Bestimmungen des Strafgesetzes in Anwendung zu kommen haben." Hier liegt noch der subsidiäre Charakter der Bestimmung in dem oben angemerkten Sinne klar zutage. Ganz im Einklang damit steht die in dem betreffenden a. u. Vortrag Bachs enthaltene Äußerung, die Verordnung betreffe „zunächst die geringeren meist aus der Roheit oder Verderbtheit von Personen der untersten Klasse entspringenden Respectsverletzungen und Manifestationen des üblen Willens."[103])

Jene Disziplinarstrafgewalt nun, die auffallend an die disciplina publica erinnert, in der bereits Roßhirt[104]) die Natur der Polizeistrafgewalt erblicken zu können glaubte, jedenfalls aber dem Namen nach einen nicht unbeachtlichen Zusammenhang mit der durch das engere Gewaltverhältnis des Verbands gegenüber seinen Organen begründeten Disziplinarstrafgewalt im eigentlichen Sinne erkennen läßt, hat in der Folge die Erweiterung zu der „eigentlichen Strafgewalt in vielen Fällen von

---

[103]) Akten des Ministeriums des Innern.

[104]) Geschichte und System des Strafrechts, III., Stuttgart 1839, S. 166 und im N. Arch. d. Crim.-R., XII., S. 295. Ob dessen Lehre sich hier in der Tat geltend gemacht hat, kann heute auch nicht annäherungsweise beurteilt werden. — Als bis zu einem gewissen Grade auch heute noch bestehend, wird sich aber dieser innere Zusammenhang nicht verkennen lassen, wenn wir uns vor Augen halten, daß sich nach österr. Rechte in beiden Gebieten der Satz: nullum crimen sine lege noch nicht zur rechtlichen Anerkennung durchgerungen hat. Treffend daher Goldschmidt, Festgabe für Koch, S. 429: „Die Disziplinarstrafgewalt weist noch die Urformen der Verwaltungsstrafgewalt auf." Im Wege einer durch unsere Auffassung gerechtfertigten Variation dieses Satzes wird für das österr. Recht behauptet werden dürfen, daß die Polizeistrafgewalt noch die Formen der Disziplinarstrafgewalt aufweist. S. ferner Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. 1906, S. 331. — Am deutlichsten tritt dieser Disziplinarstrafcharakter des Polizeistrafrechts im österr. Militärstrafrecht hervor, nach dessen System die Ahndung von Polizeidelikten

leichteren Übertretungen" — wie es in dem Referat vom 28. Januar 1854 (Akt. d. Minist. d. Inn.) heißt — erfahren. Damit war aber „der Standpunkt ohne Zweifel ein ganz anderer geworden" (ebendort), der die Polizeiwidrigkeit als Polizeidelikt par exellence erscheinen läßt.[195])

Auch die wörtliche Fassung der einschlägigen Bestimmungen der Verordn. von 1854 trägt dieser veränderten Auffassung Rechnung.

Vor allem kommt in Betracht, daß die §§ 14 und 16 den Inhalt dieser Verordn. als Regelung „der Handhabung der Exekutiv- und Strafgewalt" deklarieren, ganz abgesehen davon, daß nun im § 11 „jedes polizeiwidrige Verhalten" als der dort näher bestimmten Ahndung unterliegend bezeichnet wird. Daß freilich jener scheinbar limitierende Beisatz beibehalten wurde, kann aus den oben angeführten Rücksichten nicht weiter ins Gewicht fallen. Im übrigen läßt die wiederholt betonte „evidente Dringlichkeit der Maßregel"[196]) diesen Verzicht auf die Sorgfalt in der Stilisierung vielleicht als entschuldbar erscheinen.[197])

Ganz wesentlich fällt endlich ins Gewicht, daß durch die im 3. Absatz enthaltene Bestimmung, daß die Strafe für ein Polizeidelikt niemals höher sein dürfe, als die Strafandrohung für verwandte Justizdelikte unverkennbar zum Ausdruck gebracht ist, daß § 11 nicht einen einförmigen Deliktstypus, sondern eine Vielfältigkeit von Polizeidelikten im Auge hat, die

der Disziplinarstrafgewalt der dazu bestimmten Vorgesetzten u. Behörden nach den darüber bestehenden Vorschriften anheimfällt. (Art. VIII d. kais. Pat. v. 15. Jänner 1855, Nr. 19 RGBl. z. Militärstrafgesetz über Verbrechen und Vergehen). S. auch Erl. d. nied.-österr. Statthalterei v. 3. Dezember 1885 Z. 59 218 (Österr. Ztschr. f. Verwaltung, 1886, Nr. 10) unter Berufung auf § 53 Abs. 2 d. Wehrgesetznovelle v. 2. Oktober 1882 Nr. 153 RGB. und E. d. Min. d. Inn. v. 23. März 1873 Z. 1969.

[195]) S. v. Stein Polizeirecht S. 47, 62, bei dem jedoch die Klarheit der Auffassung unter der Mißachtung des geschichtlichen Zusammenhangs und insbes. der Genesis der Verordn. v. 54 ganz erheblich leidet.

[196]) Akt. d. Minist. d. Inn.

[197]) In ihren krassesten Wirkungen tritt diese Lässigkeit in der Stilisierung hervor, wenn man die Überschrift der Verordn. v. 54 näher ins Auge faßt. Wir haben bereits oben erwähnt, daß es deren nächste Bestimmung war, „die Verordnungen vom 11. März 1851 und 14. August 1853, anstatt sie zu trennen, oder in einzelnen Ländern früher als in anderen einzuführen, in eine einzige Verordnung zu verschmelzen." (So das Referat vom 28. Januar 1854). In den vorausgegangenen Verhandlungen, über die die Materialien in dieser Richtung eingehend informieren, wird denn auch erstere Verordn. immer wieder als Vorschrift für die „Vollzugs- und Disciplinargewalt" oder „Executivgewalt der politischen Behörden" bezeichnet. Tatsächlich hat sie auch in ihrer vollendeten Form diesen Charakter einer Exekutionsordnung bewahrt, der schon in der Überschrift zum Ausdruck gelangen sollte, indem sie sich als „Kaiserliche Verordnung, wodurch eine Vorschrift für die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisse der politischen Obrigkeiten erlassen wird" präsentiert. (S. auch § 17, Abs. 2, wo die Verordnungen von 51 und 53 als Regelungen der „politischen Zwangs- und Disciplinargewalt" bezeichnet werden). Durch die Einbeziehung der wesentlich umgestalteten Verordn. v. 53 hat aber dieser Charakter insofern seine Änderung erfahren, als die aus beiden Verordnungen hervorgegangene Verordn. v. 1854 ebensowohl die Handhabung der Exekutiv- als die der Strafgewalt betrifft. Gleichwohl ist dieser modifizierte Charakter an der Überschrift spurlos vorübergegangen, indem diese in handgreiflichem Widerspruch mit dem materiellen Inhalt für die Verordn. v. 54 wörtlich rezipiert wurde. — Dieser Wandlungsprozeß wird auch von Žolger Österr. Verordnungsrecht S. 230 f. übersehen, weshalb er diese Verordn. als „Exekutionsnorm" schlechthin bezeichnet. S. ferner Brockhausen, Verbotsrecht, Essays S. 19; dagegen richtig Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften, II., S. 169.

trotz ihrer qualitativen Verschiedenheit gegenüber den Justizdelikten zu den einzelnen Deliktsgruppen des allgem. Strafges. doch immer in eine nähere oder weitere Beziehung gebracht werden können.

Und so ist es nur durch die Allmacht der der Verordnung zugrundeliegenden, noch unten zu erörternden Idee und die Gewalt der äußern Verhältnisse einigermaßen zu rechtfertigen, daß man sich im damaligen Drange der Zeiten über diesen Punkt nicht vollkommen klar geworden ist und Sätze hingestellt hat, die eine größere Tragweite umschließen, als die unmittelbare Veranlassung und die ihr entnommenen Motive angestrebt haben mochten.[198])

Die bedeutsamste Wandlung, durch die die Verordn. von 1854 geradezu den Typus eines allgemeinen Polizeistrafgesetzes gewonnen hat,[199]) hat aber der Begriff der Polizeiwidrigkeit dadurch erfahren, daß er im § 11 unmißverstehbar seines subsidiären Charakters völlig entkleidet wurde.[200]) Ihren eklatantesten Ausdruck hat sie darin gefunden, daß die nun auf „jedes polizeiwidrige Verhalten" angedrohte Ordnungsbuße „unvorgreiflich der etwa eintretenden strafgerichtlichen Verhandlung" zu verhängen ist, also eine Kumulierung von Polizei- und gerichtlicher Strafe grundsätzlich für zulässig erklärt wird.

In dieser Feststellung, mit der die Erkenntnis gegeben ist, daß die Polizeiwidrigkeit nicht eine Verletzung der allgemeinen, öffentlichen Rechtsordnung, die grundsätzlich der Judikatur der Gerichte unterliegt, sondern die Verletzung einer besondern Ordnung involviert, deren Wahrung einer andern spezifischen staatlichen Funktion entspricht,[201]) liegt unverkennbar der höchste Triumph der Verwaltungsstrafrechtstheorie, insoweit sie von der Doppelstellung des Staates als Trägers des allgemeinen und eines besondern Willens ausgeht.

Es ist nicht zu weit gegangen, wenn hier bemerkt wird, daß wir dieser Grundidee von der im Staate wirkenden Doppelmacht in keiner Darstellung des geltenden österr. Polizeistrafrechts werden entbehren können, trotzdem die moderne Rechtsstaatstheorie ihr mit scharfen kritischen Bedenken zu begegnen pflegt.[202])

Auf die Grundzüge dieser wesentlich in dem Gegensatz zwischen lex und imperium wurzelnden Lehre einzugehen, liegt nicht im Rahmen dieser Abhandlung. Uns kann es sich nur darum handeln, hier unter Verzicht auf jede abstrakte Untersuchung des Wesens und des innern Gehalts der verschiedenen staatlichen Funktionen lediglich die Wirksamkeit jener Doppelmacht an der Hand der historischen Entwicklung kurz darzulegen.

Vor allem wird festzustellen sein, daß diese Auffassung schon deshalb

---

[198]) Ganz zutreffend, wenn auch etwas zu drastisch, wird diese jenem Zeitalter eigentümliche Art von bureaukratischer Gesetzmacherei näher charakterisiert von Beidtel-Huber a. a. O. II. S. 66 f.

[199]) S. auch Lienbacher Polizeistrafrecht S. 3, ferner Dr. Karminski (Österr. Ztschr. f. Verw. XIX. 1886, S. 111), wo richtig, jedoch ohne jeden Aufwand von Gründen und unter Mißachtung der geschichtlichen Entwicklung, ausgesprochen wird, daß die Verordn. v. 54 die Kodifikation des administrativen Gebots- u. Verbotsrechtes und das anderwärts bestehende Polizeistrafgesetzbuch provisorisch zu ersetzen bestimmt ist.

[200]) Darüber, inwieweit dem § 11 in gewissen Fällen doch die Funktion der subsidiären Wirksamkeit zukommt, s. unten S. 73.

[201]) S. auch Bruders Staatslexikon, IV., S. 465 ff.

[202]) S. O. Mayer, Verwaltungsarchiv, XI., S. 348 ff., Lamp, Archiv f. öffentl. Recht, XVIII., S. 104 ff.

keinen Rückfall in die Theorie von der Gewaltentrennung bedeutet,[203]) weil ihre Wurzeln gerade in ein Zeitalter zurückreichen, das dieser Lehre nicht nur ganz fremd gegenüberstand, sondern vielmehr, von der Vereinigung sämtlicher Funktionen des Staatswillens in einem individuellen Willen, in dem Oberhaupt als ihrer Quelle ausgehend, geradezu die Negation jener Theorie verkörpert. Auf einem ganz andern natürlicheren Wege als unter dem Einfluß theoretischer Erwägungen gelangt hier der Unterschied zwischen der rechtsprechenden und verwaltenden Funktion zum Durchbruch.

Durch die von Maria Theresia angebahnten Rechtskodifikationen ward der Justiz ein Gebiet der Betätigung eröffnet, das diese staatliche Funktion von vornherein in einen ausgeprägten, selbst heutigen Anschauungen nachgerade entsprechenden Gegensatz zu der Verwaltung gestellt hat. Wir brauchen vielleicht nur die Materie des Strafrechts näher ins Auge zu fassen, um zum Verständnis dieses Prozesses zu gelangen. Hatte früher der Wille des Monarchen als der ausschließlich maßgebende Faktor im Staats- und Rechtsleben gegolten, so brachte es die unter Josef II. beschlossene Kodifikation des Justizstrafrechts mit sich, daß die Behörden der Justiz nun ihre Beschränkung durch das Gesetz erhielten und sich an die Rechtsordnung gebunden sahen, die sie fortan, unbekümmert um alle übrigen wechselnden Interessen im Staate, nicht mehr brechen durften. Insbesondere war es neben dem gesetzlich geregelten Verfahren der für das Justizstrafrecht anerkannte Satz: nullum crimen sine lege, der die von heutiger Anschauung als maßgebendstes Kriterium des staatsbürgerlichen Rechtslebens angesehene Scheidung der Rechtspflege von der Verwaltung in ihren ersten Keimen durchgeführt hat, und nebenbei, wenn man näher zusieht, die stillschweigende Anerkennung des Erfordernisses der Mitwirkung des Volkes zur Gesetzgebung in sich birgt. Während es nämlich früher dem Monarchen an die Hand gegeben war, höchst persönlich oder mittels seiner Organe durch einen Machtspruch das Gebiet des kriminellen Unrechts für den einzelnen Fall ganz beliebig und über Gebühr zu erweitern, liegt in dem dem Siege einer höheren Staatsauffassung entsprechenden Vorbehalt des Gesetzes, wenn sich auch dessen Zustandekommen im Vergleich zu den Verhältnissen der Gegenwart ganz wesentlich leichter vollzog, doch das Zugeständnis, das Rechtsbewußtsein des Volkes, die Volksüberzeugung als mitbestimmenden Faktor anzuerkennen, wenn sich auch freilich jetzt noch prinzipiell die Auffassung behauptete, daß der Herrscher jederzeit in den einzelnen Rechtsfall einzugreifen berechtigt sei. Denn auch dem absoluten Polizeistaat erschien es als widersprechend, sich durch ein immerhin auf längere Dauer berechnetes Gesetz mit den herrschenden Anschauungen des Volkes in Konflikt zu setzen. Der schon zu jener Zeit erkannte stationäre Charakter des Gesetzes hat es daher mit sich gebracht,[204]) daß regelmäßig nur solche Gesetze erlassen wurden, welche das wirkliche oder vermeintliche Interesse der Gesamtheit forderte, und denen hiedurch bis zu einem gewissen Grade der volkstümliche Charakter gesichert war, und daß nur diejenigen Handlungen zu Verbrechen gestempelt wurden, die die Volksanschauung als Übel für das Gemeinwesen betrachtete. Dieser Kern tiefer Staatsweisheit war schon

[203]) S. auch Goldschmidt, Festgabe für Koch, S. 419 f.

[204]) Über den auch dem absoluten Staate geläufigen Gegensatz von Gesetz und Verordnung vgl. Jellinek Gesetz und Verordnung S. 122 f.



damals gegeben, wenn auch freilich noch nicht die wirksamen rechtlichen Garantien geschaffen waren, wie sie heute durch die Teilnahme der repräsentativen Körperschaften an der Gesetzgebung gewährt sind.[205])

Für geeignete Fälle war die leicht bewegliche Verwaltungstätigkeit das geeignete Mittel, besondere durch die wechselnden Verwaltungsinteressen bedingte Maximen ohne jede Rechtsordnung, unabhängig von jeder gesetzlichen Schranke durchzusetzen, und je nach Bedürfnis im einzelnen Falle bestimmend einzugreifen. Denn schon damals und vielleicht damals erst recht war das Bewußtsein lebendig, daß hier Interessen in Frage stehen, die ganz unabhängig von der Rechtsordnung sind und auch gar nicht in den Kreis der hierauf gerichteten Tätigkeit fallen.

Nur so wird das dem Polizeistaat eigentümliche Bestreben, die Verwaltung vor der Mediatisierung unter das Gesetz zu bewahren, verständlich. Getreu spiegelt es jenen charakteristischen Gedanken von dem scharfen Gegensatz zwischen „Recht und Verwaltung" wieder. Und nur im Lichte dieser Auffassung begreifen wir den Grundzug der Polizeistrafgewalt, sich ohne vorherige spezielle Strafandrohung zu betätigen. Die natürliche, durch die realen Verhältnisse gegebene und nicht durch ein theoretisches System geleitete Folge war es nur, daß innerhalb der in sich allerdings einheitlichen Staatstätigkeit die Verwaltung durch diesen Entwicklungsgang zur Trägerschaft eines neben dem im Rechte objektivierten Gesamtwillen bestehenden Sonderwillens gelangte, der einen von lex einerseits und Justiz anderseits verschiedenen Charakter erhielt.[206])

Nun muß es klar sein, daß diese tatsächliche objektive Differenzierung des Staatswillens nach der Verschiedenheit der staatlichen Funktionen, die ihre geschichtliche Grundlage hat, mit der von der neuern Staatsrechtswissenschaft verworfenen Lehre von der mechanischen Teilung der Gewalten nichts zu tun hat.[207]) In rechtlicher Beziehung will die Einheitlichkeit der Staatsgewalt damit nicht im mindesten aufgegeben sein, weil sich der Staatswille dabei in allen seinen Äußerungen als der eine Wille des Staatsoberhauptes behauptet. Und wer näher zublickt, wird nicht verkennen, daß gerade im konstitutionellen Staatsleben, auf das die aus dem Gegensatz des Individualismus gegen die Vereinigung der gesamten Staatsgewalt in dem Willen des Staatsoberhaupts und gegen jede nicht durch Rechtsprechung bedingte Zwangsgewalt hervorgegangene Lehre von den selbständigen unabhängigen Gewalten gemünzt ist, die Wirklichkeit jener hier erörterten Doppelmacht des Staates mit dem Fortschreiten der Rechts-

---

[205]) S. dazu statt aller Andern Jellinek, Allgemeine Staatslehre, I. 2. Aufl., S. 677 ff.

[206]) Die wünschenswerte Schärfe dieses Gedankens fehlt noch bei v. Stein Handbuch I. S. 211: „Daraus schien nun zu folgen, daß ein solcher Zustand, dem somit alle objektive Gränze für die Gewalt der Polizei fehlte, in der Tat ein rechtloser Zustand sei. Wenn wir ihn wissenschaftlich formulieren wollen, so werden wir sagen, daß hier das Verfügungsrecht der Polizei ganz die Stelle, ja das Recht und die Heiligkeit des Gesetzes einnimmt; die Verfügung ist Gesetz geworden. Und darin besteht diese Rechtlosigkeit, daß hier das subjektive Ermessen des einzelnen Verwaltungsorgans das Recht und die Funktion des allgemeinen Willens übernommen hat, und den Bürger verpflichtet, dem Einzelnen zu gehorchen statt dem Gesetze." — Hingegen findet sich bei Jellinek Gesetz und Verordnung S. 370 die klare Anerkennung „des selbstständigen Willens der Regierung."

[207]) S. im übrigen O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 68.

bildung auf dem Gebiet der Verwaltung immer mehr und mehr verschwindet.[208])

Allein so wie die Verhältnisse heute liegen, hat sich der Staat in seiner Funktion als Verwaltungskörper noch diejenige Machtsphäre erhalten, die allein ihm die Gewähr seiner uneingeschränkten Willensbestimmung zu bieten vermag. Für seinen spezifischen Zweck der Erhaltung des öffentlichen Zustands, zu dessen Erreichung er seinen besondern Willen zur Geltung bringt, stehen ihm kraft seines „unwiderstehlich wirkenden Imperiums" (Jellinek) die erforderlichen Machtmittel zu Gebote, deren Verwendung in gleicher Weise seiner eigenen Willensbestimmung überlassen bleibt.

Daß er hiebei unter dem Drucke der natürlichen Beschränktheit der Wahl auf Reaktionsmittel zurückgreifen muß, deren Handhabung als Monopol der dem allgemeinen Willen zur Seite stehenden Justiz zu gelten scheint, kann der Eigenart seiner Funktion keinen Abbruch tun. Im österr. Rechte ward im übrigen diesem fühlbaren Mangel einfach dadurch begegnet. daß man die spezifische Polizeistrafe, der man denn doch nicht entraten konnte, an dem u. E. maßgebenden Orte — das ist eben § 11 — schlechtwegs „Ordnungsbuße" hieß.

Sinnfällig genug tritt dadurch die besondere Qualität der Verwaltung als Subjekt ihrer Strafgewalt in Erscheinung, ebenso wie die Justiz sich als Subjekt des kriminellen Strafrechts darstellt; und ebenso klar hebt sich daher das Polizeistrafrecht als subjektives Verwaltungsrecht vom Justizstrafrecht ab.[209])

II.

Im Lichte dieser historisch-dogmatischen Feststellung erhält die rechtliche Natur des Polizeidelikts, die hier in Frage steht, ihre volle Beleuchtung. Sie erfährt aber auch ihre schärfere Begrenzung an der Hand folgender Erwägung: § 11, aus dem wir das Wesen des Polizeidelikts als Polizeipflichtwidrigkeit, als Nichterfüllung der allgemeinen Pflicht, sich polizeimäßig zu verhalten, kennen gelernt haben, erhebt keineswegs den Anspruch, den Kreis der Polizeidelikte zu erschöpfen und deren ganzes Gebiet zu umfassen. Rein begreiflich, d. h. vom konkreten Rechtssystem abgesehen, ließe sich dagegen kein erheblicher Einwand geltend machen, weil für uns der Polizeibegriff durch das auch im § 11 erwähnte Element der Ordnung seine nähere Bestimmung erhält, und insoweit polizeiwidriges Verhalten und Ordnungswidrigkeit sich decken. Allein das österr. Recht hat das Gebiet des reinen Polizeistrafrechts weitaus enger abgesteckt. Es hängt diese Grenzregulierung mit der durch die historische Tradition bedingten, auch das geltende Recht beherrschenden Scheidung zwischen Sicherheits- und Ordnungspolizei zusammen, die wir aus dem Gedankengang der Sonnenfelsschen Lehre als die Frucht der doktrinellen Ansichten jener Zeit entnommen haben.[210]) Bereits dort haben wir den durch die Josefina und das StGB. v. 1803 vermittelten sicherheitspolizei-

---

[208]) Über die weitere durch die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee bedingte Ausgestaltung dieses Verhältnisses des Sonderwillens der Verwaltung zum allgemeinen Willen vgl. die Ausführungen Goldschmidts in dem dogmatischen Teile seines Verwaltungsstrafrechts, S. 529 ff. — Es genügt in dieser auf die Berücksichtigung des herrschenden Rechtszustands beschränkten Untersuchung, darauf einfach zu verweisen.

[209]) Goldschmidt Mitteilungen XII. S. 230, 236.

[210]) S. oben S. 32 ff., ferner Schilling a. a. O. S. 489 ff.



lichen Charakter des gegen die aus menschlichen Handlungen erwachsenden gröbsten Beeinträchtigungen der geselligen Ordnung gerichteten geltenden Strafgesetzes kennen gelernt, dem gegenüber die Ordnungspolizei zur Abwehr geringerer, die Öffentlichkeit bedrohender Nachteile sich als die Basis des Polizeistrafrechts par exellence ergeben hat. Indem hienach für das geltende Recht vor allem die in das allgemeine Strafgesetz aufgenommenen Gefährdungsdelikte aus dem Gebiet des reinen Polizeistrafrechts ausscheiden, verbleiben als Polizeiwidrigkeit diejenigen Handlungen und Unterlassungen, die als gemeinsames Kriterium das Moment der Ordnungswidrigkeit in sich tragen.[211])

Neben dieser primären Funktion des § 11, die ihm den Charakter der sedes materiae des Ordnungspolizeistrafrechts verleiht, gewinnt er durch die umfassende Bedeutung des Elements der Ordnung, in dem nach unsrer Auffassung alles liegt, was man einzeln zur Polizei zu zählen pflegt, zugleich die Funktion einer subsidiären Strafvorschrift, deren Wirksamkeit in allen denjenigen Fällen eintritt, in denen die sicherheitspolizeilichen Bestimmungen des allgemeinen Strafges. nicht ausreichen. Angesichts der vielfachen Generalklauseln des letztern (z. B. §§ 335, 431, 459), die nahezu Alles treffen, womit Gefahr für Leib, Leben und Eigentum verbunden ist, wird sich dieser Fall wohl nur selten ergeben; aber prinzipiell erweisen sich etwaige Lücken in dieser Richtung durch die Subsidiärität des § 11 als vollkommen gedeckt.[212])

Was wir also schon nach den bisherigen Ausführungen im § 11 zu schätzen haben, ist seine paradigmatische Bedeutung für das Polizeistrafrecht in dem Sinne, daß wir daraus dessen wesentliche Grundzüge zu gewinnen in der Lage sind.[213]) Noch deutlicher wird sich dies vielleicht im Folgenden ergeben. Nicht müßig scheint es uns aber, schon an diesem Orte darauf hinzuweisen, daß dadurch, daß „polizeiwidriges Verhalten" an sich schon den Tatbestand des Polizeidelikts verwirklicht, ganz im Einklang mit den theoretischen Anforderungen der modernen Verwal-

---

[211]) So sogar de lege ferenda die treffenden Ausführungen Berolzheimers, Die Entgeltung im Strafrechte, 1903, S. 261 und System d. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1907 V., S. 138, abgeschwächt freilich S. 140. — Dieser Gedanke scheint uns auch den Erl. d. Justizmin. v. 28. Okt. 1874 Z. 13 009, bezw. v. 1. Dez. 1874 Z. 16 024 und den darauf gegründeten Belehrungen der Wiener Staatsanwaltschaft v. 30. Okt. 1874 Z. 14 179 und v. 9. Dez. 1874 Z. 15 977 (zit. bei Prucha, Die österr. Polizeipraxis, Wien 1877, S. 541) zugrundezuliegen, indem dort dargelegt wird, daß Schlafen auf dem Wagen, wenn es mangels des Moments der Gefährdung der Sicherheit nicht als nach § 431 StGB. strafbare Gerichtsübertretung in Betracht kommt, der polizeilichen Ahndung unterliegt.

[212]) Solche Lücken scheinen sich uns in Ansehung der abstrakten Gefährdungen des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Sicherheit von Menschen zu ergeben, die nach der Judikatur des Kassationshofes (s. z. B. E. v. 29. April 1896 Z. 4964, v. 26. März 1902 Z. 3720, v. 19. September 1905 Z. 14 921, Nowaksche Sammlung Nr. 1978, 2710, 3108) unter den Tatbestand des § 431 StGB. nicht fallen. — In der Tat kennt die Praxis das Polizeidelikt der „sonstigen Ausschreitung gegen die öffentliche Ordnung", das diesem subsidären Charakter des § 11 vollkommen Rechnung trägt. (S. Die Polizeiverwaltung Wiens im Jahre 1878, Wien 1880, S. 132). Man denke z. B. an das Ausstauben von Teppichen, Tüchern u. dgl. an öffentlichen Orten, das wegen der dadurch gegebenen Staubentwicklung als Beeinträchtigung der Gesundheit von Menschen in Betracht kommen könnte, gleichwohl aber kaum einem richterlichen Schuldspruch nach § 431 StGB. begegnen dürfte und daher von den polit. Behörden nach § 11 geahndet zu werden pflegt.

[213]) Lienbacher Polizeistrafrecht S. 3 spricht denn auch der Verordn. v. 54 die Bedeutung eines Polizeistrafgesetzes zu.

tungsstrafrechtswissenschaft,[214]) die äußere Tatsache des polizeiwidrigen Verhaltens für sich allein als hinreichend anzusehen ist, um die Nichterfüllung der polizeilichen Pflicht als verschuldet darzustellen. Es wird aber ferner dadurch unmißverstehbar die Bedeutsamkeit des Willensfaktors für das Polizeistrafrecht abgelehnt,[215]) indem danach auch ungewolltes, menschliches Verhalten (z. B. Taumeln des Vollbetrunkenen — ein der täglichen Praxis geläufiges Polizeidelikt) polizeiwidrigen Charakter haben kann. Es ergibt sich also daraus, daß die mit Bewußtsein sich dem öffentlichen Interesse entgegensetzende Willensbestimmung keine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung der Polizeistrafgewalt bildet.

Auf der andern Seite scheinen uns auch an Sachen hervortretende Zustände vom „polizeiwidrigen Verhalten" mitumfaßt zu werden. Gedacht wird hier an eine dem öffentlichen Interesse widerstreitende Ausübung privater Vermögensrechte, die sich als Nichterfüllung der Pflicht, jede Lebensäußerung mit dem öffentlichen Interesse in Einklang zu erhalten, manifestiert.[216]) [217])

§ 7. Die rechtliche Natur der österr. Polizeistrafe.

Seine wesentlichste Bedeutung erhält aber § 11 durch die in ihm enthaltene nähere Charakterisierung des Wesens der Polizeistrafe.

Es erhellt nämlich aus der oben bereits betonten Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens der gerichtlichen und der Polizeistrafe einerseits,[218]) der Qualifikation der letztern als Ordnungsbuße anderseits, ohne Weiteres deren innere Selbständigkeit gegenüber der kriminellen Strafe,[219]) und in nächster Konsequenz dieses Rechtsfolgenunterschieds abermals die generische Verschiedenheit des Polizeidelikts gegenüber dem Kriminaldelikt.

[214]) S. O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 321.

[215]) Ebenso steht außer Frage, daß demnach polizeiwidriges Verhalten sich nicht nur positiv in Körperbewegung, sondern auch negativ in Regungslosigkeit zu äußern imstande ist. Eine nähere Erörterung dieser auf die Schuld- und Irrtumslehre hinleitenden Frage mag der systematischen Darstellung des österr. Polizeistrafrechts vorbehalten bleiben.

[216]) S. z. B. PDD. v. 23. Mai 1856 Z. 12 870/1631 (zit. bei Prucha a. a. O. S. 529), wo bestimmt ist, daß nach der Verordn. v. 54 auch jene Personen und die Wirte zu strafen sind, welche ohne behördliche Bewilligung Produktionen von Volkssängern u. dgl. an öffentlichen Orten veranstalten und in ihren Lokalitäten dulden.

[217]) Insbesondere gehört hieher die Pflicht des Eigentümers, sein Eigentum in einem den Staatsinteressen entsprechenden Zustand zu erhalten, die freilich im österr. Rechtssystem, das, auf römisch-rechtlicher Grundlage, nur ein absolutes unbeschränktes Eigentum kennt (§§ 354, 364 a. b. GB.), kaum ohne die Beschränkungen des Eigentums ausdrücklich aussprechende Gesetze (-Normen) geltend gemacht werden könnte. S. dazu Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustande, Verwaltungsarchiv, VI., S. 275 ff. und die dort zit. reichhaltige Literatur.

[218]) Vgl. v. Liszt, „Ordnungsstrafen und Disziplinarstrafen" in Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl. 1881, S. 968.

[219]) v. Stein Polizeirecht Einl. XIII: „Es wird nicht möglich bleiben, alles was wir Strafe nennen, künftig als eine ebenso gleichartige Erscheinung mit einem und demselben Begriffe zu erledigen. Es ist schon dem gewöhnlichen Menschenverstande klar, daß eine Buße von einem Taler etwas wesentlich anderes ist, als eine lebenslängliche Zuchthaus- oder gar die Todesstrafe. Es wird sich als unvermeidlich zeigen, das ganze Gebiet der Ordnungsstrafen von dem der eigentlichen Strafen, die wir die peinlichen Strafen nennen, zu trennen, und darnach die Wissenschaft des Strafrechts umzugestalten." S. ferner Schulze, Das preußische Staatsrecht, II. 3., S. 536.



Die wissenschaftliche Erkenntnis wird sich jedoch bei dieser rein am Äußern haftenden Vorstellung nicht beruhigen können. Es leuchtet vielmehr ein, daß diesem ausgeprägten Gegensatz zwischen polizeilicher Ordnungsbuße und peinlicher Strafe auch ein innerlich begründeter Unterschied als Basis dienen muß. Und da scheinen uns die Formen, in denen diese Strafgewalt geübt wird, den zuverlässigsten Wegweiser zur ersprießlichen Ergründung ihres innern Wesens zu bieten.

Die folgenden Ausführungen sollen nun ergeben, daß den bisher dargelegten Eigentümlichkeiten der abgegrenzten Polizeideliktskategorie auch die besondere praktische Behandlung entspricht, die ihr im österr. Rechte im allgemeinen zuteil wird.

Um aber die Einsicht in das spezifische Wesen der Polizeistrafe zu gewinnen, scheint es uns notwendig, sie in dem Verhältnis zur kriminellen Strafe näher ins Auge zu fassen.

Es gilt heute als unbestrittene Lehre, daß das unentbehrlichste Requisit, ja das Lebenselement der Polizei, der Zwang ist. In diesem Sinne bezeichnet L. v. Stein die Polizei als „die Zwangsgewalt der Verwaltung gegen den Einzelnen".[220] Man muß nun einleuchtend finden, daß sich dieses der Polizei immanente Zwangselement auch den Erscheinungsformen der Polizeigewalt mitteilt. Keine ist davon auszunehmen. Unmittelbarer Polizeizwang und andere Vollstreckungshandlungen, z. B. Ersatzvornahme, schließen dies begrifflich schon von selbst ein. Und nichts spricht für die Sonderstellung der Polizeistrafe in dieser Richtung.

Dies einmal ins Klare gebracht, hat die Lösung der Frage nach der Natur der Polizeistrafe keine erhebliche Schwierigkeit mehr. Gleichwohl wird bis auf die Gegenwart — von bisher nur vereinzelt gebliebenen Schriftstellern abgesehen — als herrschende Lehre verkündet, daß die rechtliche Natur der Polizeistrafe ihren Anschluß an die der peinlichen Strafe gefunden habe, weil sich für diese Lehre der Begriff der Strafe in den Arten der Kriminal- und der Ungehorsamsstrafe erschöpft.[221] Selbst O. Mayer, dessen hervorragendes Verdienst es bleiben wird, den Polizeideliktsbegriff aus der hergebrachten kriminellen Umhüllung befreit zu haben hält konsequent an diesem Standpunkt fest.[222]

So hat es sich denn auch tief in unser wissenschaftliches Bewußtsein eingelebt, eine prinzipielle Begriffsscheidung innerhalb der bestehenden Strafarten nur zwischen der Kriminal- und Polizeistrafe einerseits und der Exekutiv- oder Ungehorsamsstrafe anderseits für möglich zu halten. Bei näherm Zusehen ergibt sich jedoch, daß auch diese versuchte Grenzziehung in der Gegenwart wesentlich an Schärfe verloren hat.

Denn immer wieder gewinnt dabei der Gedanke Raum, daß durch die eigentliche Strafe, worunter peinliche und polizeiliche Strafe unterschieds-

---

[220]) S. auch E. Meier bei Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904 II., S. 648.

[221]) Für das österr. Recht vgl. insbesondere Tezner a. a. O. S. 404 f. Anders schon Brockhausen, Die Strafpflicht der politischen Behörden, in den verwaltungsrechtl. und verwaltungspolitischen Essays, S 33 f., der Polizeistrafe und Zwangsstrafe als die beiden Zweige eines Stammes der politischen Strafe anzuerkennen scheint, freilich aber eine theoretische Scheidung an der Hand der österr. Gesetzgebung für unmöglich hält und daher eine „größere Verwandtschaft der Polizeistrafen mit den gerichtlichen Strafen" annimmt.

[222]) S. u. a. Thoma a. a. O. S. 86, Brockhausen, Die Strafpflicht, Essays, S. 33, Zolger a. a. O. S. 230, Isaac, Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, XXI., S. 637 f., 640.



los begriffen werden, eine begangene Pflichtverletzung, die Rechtswidrigkeit gesühnt werden soll, daß deren Verhängung keinen andern Zweck habe, als den, zu strafen, während die Ungehorsamsstrafe die Rechtmäßigkeit des Handelns erzwingen soll.[223])

Ergibt sich nun aus der Aufgabe dieser Untersuchung auch kein zwingender Anlaß, die rechtliche Natur der peinlichen und der Exekutivstrafe einer Prüfung zu unterziehen, so werden wir uns doch nicht verhehlen können, daß jene auf den Vergeltungscharakter der Kriminalstrafe zugeschnittene und deren von der positiven Schule zu Tage geförderten Zweckideen so wenig Rechnung tragende Auffassung uns heute nicht mehr zu befriedigen imstande ist. Vergegenwärtigen wir uns nur hier die unzähligen relativen Straftheorien in allen ihren kombinierten Variationen (vor allem Spezialprävention und psychische Zwangstheorie), die der kriminellen Strafe nicht wesentlich andere als die von jener Lehre der Exekutivstrafe zugedachten Ziele stecken, indem dabei mit gutem Grund der Gesichtspunkt vorwaltet, daß durch das Strafgesetz nicht um vieles weniger als durch die Exekutivstrafe psychologischer Zwang geübt wird, so werden wir zugeben müssen, daß jene auf die Strafzwecke basierte Begriffsscheidung den festen Boden bereits verloren hat.[224]) Insbesondere ist dabei in Erwägung zu ziehen, daß im österr. Rechte die innere Verwandtschaft zwischen Kriminal- und Ungehorsamsstrafe umso deutlicher hervortritt, als das Zwangsvollstreckungsverfahren eine Feststellung der polizeilichen Pflicht im einzelnen Falle durch Polizeiverfügung nicht erfordert, indem nirgends ausgesprochen ist, daß es zur Verhängung der Exekutivstrafe der Vermittlung durch vorhergehende behördliche Androhung in einem besondern Verwaltungsakt bedarf,[225]) so daß eigentlich in beiden Fällen die gesetzliche Strafandrohung an sich die gleichförmige Funktion hat, in allgemeiner Fassung an die Allgemeinheit gerichtet, den Einzelnen vermöge seiner freien Selbstbestimmung zum normgemäßen Verhalten zu bestimmen. Es wird aber auf der andern Seite auch der Ungehorsamsstrafe eine, wenn auch nebengeordnete, Wirksamkeit als Strafmittel zuerkannt werden müssen. Die Verzögerung der schuldigen Leistung (mora) kann auch hier nicht ganz unberücksichtigt bleiben, zumal man nicht fehlgehen wird, in gewissen Fällen in der verzögerten Leistung eine wesentlich modifizierte Leistung zu erblicken.[226])

Ohne daher dem noch immer auf- und abwogenden Streite der Strafrechtstheorien in diese Untersuchung Eingang zu verschaffen, wollen wir für die hier in Frage stehende Unterscheidung den natürlichsten Ausgangspunkt wählen, der sich in dem Raume eröffnet, in dem die Praxis sich in Handhabung der ihr zur Verfügung gestellten Strafmittel betätigt. Als leitender Gesichtspunkt, von dem aus die Frage nach der wesentlichen Verschiedenheit der peinlichen und Zwangsstrafe der Prüfung unterstellt werden kann, ergibt sich hiebei die Feststellung des Maßstabes für die Be-

[223]) S. die in Anm. 222 Zitierten.

[224]) S. auch Anschütz, Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, Verwaltungsarchiv, I., S. 454.

[225]) A. M. Ulbrich, „Polizei- und Polizeistrafrecht" bei Mischler-Ulbrich, Österr. Staatswörterbuch, II. 1897, S. 817.

[226]) Es läßt sich daher der aus dem prinzipiellen Zwecke der obrigkeitlichen Zwangsbefugnisse abstrahierte Satz, daß die Vollstreckung der Exekutivstrafe wegfalle, wenn vor derselben, obzwar nach Ablauf der bei der Androhung festgesetzten Frist Gehorsam geleistet wird, in dieser prinzipiellen Auffassung nicht aufrecht erhalten. A. M. u. a. Isaac a. a. O. S. 687.



stimmung der Strafe als ihrer praktischen Grundlage.[227]) Die in der Justizstrafe nach Ausdruck ringende Rechtsidee wird diese stets an die in der Vergangenheit ruhende Tat in ihrer konkreten Sondergestaltung knüpfen. Gleichgültig, ob punitur, quia peccatum est oder ne peccetur — die Tat ihrem universellen Begriff nach ist das vorherrschende Moment. an der die Gegenwirkung gegen den Verbrecher verläßlich abmeßbar ist.[228]) Wesentlich danach bestimmt sich der Umfang der Reaktion, die nach ihrem wesentlichen Inhalt schon vom Gesetz vorgesehen ist. Anders bei der Zwangsstrafe. Hier liegt der — im Einzelfalle allerdings möglicherweise Zweifel und Schwierigkeiten ergebende,[229]) aber die Brauchbarkeit des Prinzips nicht alterierende — Maßstab für die Bestrafung in dem zu gewärtigenden Widerstand gegenüber der Aufgabe der konkreten polizeilichen Pflicht.[230]) Je nachhaltiger dieser sich gestalten zu wollen scheint, mit desto größerer Wirksamkeit wird das Zwangsmittel der Strafe innerhalb der gesetzlich zugelassenen Grenzen auszustatten sein,[231]) bis der widerstrebende Wille endlich ganz gebrochen, oder die Vergeblichkeit des Verfahrens zweifellos geworden ist.[232])

Diese Einsicht in die spezifischen Grundlagen der Maßbestimmung bei

---

[227]) Wir glauben uns hiebei der Gefahr einer ernsten Anfechtung enthoben, wenn wir annehmen, daß die Strafe ein allgemeiner Begriff bleibt, dessen Wesenselemente allen ihren Erscheinungsformen innewohnen müssen, und daß die Unterschiede daher hauptsächlich durch die Art des Wirksamwerdens dieser Elemente begründet werden.

[228]) Dabei treten die die Maßbestimmung etwa noch leitenden Zwecke der Abschreckung, Besserung u. ähnl. in zweite Linie zurück, weil diesen Zielen jede Bestimmung und Begrenzung fehlt, und ihre Variabilität der Annahme der Begriffswesentlichkeit des einen oder andern Zweckes entgegensteht. Unbestreitbar gilt dies gegenüber dem geltenden Rechte, wonach es in erkennbarer Weise darauf ankommt, den Täter nach dem Maße seiner Verschuldung zu strafen. § 32 StGB.: „Die Strafe muß genau nach dem Gesetze bestimmt, und darf weder schärfer noch gelinder ausgemessen werden, als das Gesetz nach der vorliegenden Beschaffenheit des Verbrechens und des Täters vorschreibt." S. Stooss Lehrbuch S. 22, ferner Meyer-Allfeld, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts, 6. Aufl. 1907, S. 33.

[229]) Diese Schwierigkeiten scheint uns für die gerichtliche Zwangsvollstreckung in äußerst treffender Weise die Bestimmung des § 358 der Exekutionsordnung v. 27. Mai 1896 Nr. 79 RGBl. überwinden zu wollen; danach ist vor Anwendung der gesetzlich normierten Zwangsmittel stets erst der Verpflichtete zu vernehmen, sofern nicht Gefahr im Verzug obwaltet.

[230]) Man beachte nämlich, daß das österr. Recht, wie schon oben erwähnt, weder die vorgängige Androhung der Exekutivstrafe noch die Freilassung einer Frist zur Erfüllung der aufgegebenen Pflicht erfordert. (§ 7 d. kaiserl. Verordn. v. 54). Diesem Manko glaubt Tezner a. a. O. S. 408 auf die Weise beizukommen, daß er der im § 7 erwähnten Strafe den Charakter einer Exekutivstrafe abspricht.

[231]) Ebenso wird hier dem materiellen Gehalt des Ungehorsams bezw. der sozialen Bedeutung der zu erzwingenden Handlung nur eine sekundäre Rolle bei der Strafzumessung zuzuerkennen sein.

[232]) Damit will nicht gesagt sein, daß diese Anpassung der Strafe an den mutmaßlichen Widerstand am wirksamsten durch die Verhängung des höchsten Strafmaßes erreicht wird. Gerade umgekehrt mag der Gesichtspunkt der tunlichsten Steigerung der Übelszufügung es als ratsam erscheinen lassen, mit dem kleinsten Strafmaß zu beginnen. Ist z. B. als zulässiges Höchstausmaß Freiheitsstrafe in der Dauer von 14 Tagen festgesetzt, und ist der Widerstand voraussehbar ein intensiver, ohne daß Gefahr im Verzug besteht, so scheint es uns wirksamer, reihenweise 1, 2, 3 Tage usw. festzusetzen, als gleich durch die Verhängung von 14 Tagen das Höchstausmaß zu erschöpfen. — Im übrigen ist dies eine Frage, die sich nur an der Hand des positiven Rechtes entscheiden läßt.

Verhängung der Strafen[233]) wird uns am sichersten leiten bei der Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Polizeistrafe. Weitaus überzeugungsvoller als alle innern Gründe vermag in dieser Richtung der Hinweis auf unzweideutige Äußerungen des positiven Rechtes zu wirken.

Bereits oben ward im Hinblick auf das im § 11 zugelassene Koexistenzialverhältnis zwischen gerichtlicher d. i. nach heutigem Rechtsstand peinlicher Strafe und der polizeilichen Ordnungsbuße für das österr. Recht der Grundsatz der innern Selbständigkeit und prinzipiellen Sonderstellung der Polizeistrafe aufgestellt.[234])

Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß dieser den rein kriminellen Charakter der Polizeistrafe ausschließende Standpunkt des österr. Rechtes für ihre Annäherung an die Exekutivstrafe entscheiden muß. Nicht unbeachtlich scheint uns in dieser Hinsicht die allerdings lediglich das Äussere treffende Tatsache zu sein, daß die, sei es auch nur dürftige, Regelung der Polizeistrafe in die ihrer ganzen Anlage nach wesentlich, wenn auch nicht ausschließlich als Exekutionsordnung aufgefaßte Verordn. v. 54 Aufnahme gefunden hat; nicht unerheblich ferner die veränderte Namensgebung, die gegenüber dem als Freiheitsbeschränkung sich äußernden Strafübel Platz gegriffen hat. Weist schon die generelle Bezeichnung „Ordnungsbuße" unverkennbar darauf hin, daß die Polizeistrafe keine Strafe im Rechtssinn ist und zur Zwangsstrafe hinneigt, für die die neuere Gesetzgebung bekanntlich ohnehin mit Vorliebe das Wort „Ordnungsstrafe" verwendet, die gleichfalls schon in der Terminologie hervortretende Charakterisierung der polizeilichen Freiheitsstrafe als „Anhaltung" ist nur geeignet, uns in dieser Annahme eines bewußten Gegensatzes der Polizei- zur Kriminalstrafe zu bestärken.

Über diese äußern Divergenzpunkte hinaus leitet uns die oben dargestellte Auffassung der gegenüber dem heutigen Rechtsstand allein möglichen Begriffsscheidung zwischen peinlicher und Zwangsstrafe am zuverläßigsten zur Erfassung des Wesens der Polizeistrafe.

Die in der Vergangenheit ruhende Tat und der in der Zukunft zu gewärtigende Widerstand gegen autoritatives Machtgebot haben sich uns dort als die einzig markanten Pole ergeben, an denen der irrende Blick der ausübenden Strafrechtssubjekte seinen Halt gewinnt. Fragen wir uns nun, wie sich die Polizei dazu stellt, oder richtiger wie das positive Recht die Stellung der zur Ahndung der „Polizeiwidrigkeit" berufenen Behörden gestaltet hat, so scheint § 11 hierüber ausreichend Aufklärung zu bieten. Man beachte, daß diese hier angewiesen werden, die „Ordnungsbuße von einem bis einschließlich einhundert Gulden Conventionsmünze oder von sechsstündiger bis vierzehntägiger Anhaltung (zu verhängen), je nachdem die eine oder die andere Buße nach Umständen a n g e m e s s e n e r oder[235]) w i r k s a m e r erscheint."

In diesen Erfordernissen der Angemessenheit und Wirksamkeit, denen die Ordnungsbuße zu genügen hat, erkennen wir jene beiden Prinzipien

---

[233]) Eine treffende Andeutung dieses Gedankens finden wir bei F r a n k Studien S. 10.

[234]) Dies entspricht im übrigen nur dem schon in einer ältern Epoche als prinzipiell erkannten Gegensatz zwischen Polizei- und Kriminalstrafe. S. v. S t e i n Polizeirecht S. 37 f., S c h u l z e, Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 537, T h o m a a. a. O. S. 83.

[235]) Daß diese Partikel hier konjunktiven Charakter hat, steht für uns dabei außer Zweifel.

wieder, die sich uns für die Feststellung des Maßstabes jeder Art von Bestrafung als ausschlaggebend erwiesen haben. Ersteres Postulat weist auf die der Vergangenheit angehörige Polizeiwidrigkeit hin, der sich die Polizeistrafe anzupassen hat, und läßt durch dieses ihr immanente retrospektive Element einen gewissen verwandtschaftlichen Zusammenhng mit der peinlichen Strafe erkennen, während das aus der Forderung der Wirksamkeit der Polizeistrafe resultierende Zwangselement unzweideutig zum Ausdruck bringt, daß sie ihren sie bestimmenden Maßstab an dem von der Zukunft zu erwartenden Verhalten des Kontravenienten gewinnt, und hiedurch dem der polizeilichen Tätigkeit im weitesten Sinne eigentümlichen präventiven Charakter Rechnung trägt. Angemessenheit und Wirksamkeit, diese beiden Funktionen, die die polizeiliche Ordnungsbuße zu erfüllen hat, stempeln sie, da sie danach den primären Funktionen der kriminellen und Ungehorsamsstrafe genügen soll, zu einem mixtum compositum aus je einem Element dieser beiden Strafen, zu einer Strafart sui generis,[236]) bei der jedoch aus den schon oben erwähnten äußern Rücksichten dem Einschlag von Seite der Zwangsstrafe her von Natur aus eine prävalierende Wirkung zuzuerkennen ist.[237]) Hierdurch ist für die Erfassung der Wesensverschiedenheit der Polizeistrafe der maßgebende Gesichtspunkt gewonnen, welcher diese verwirrte Frage, die grundsätzlich zu entscheiden vielfach als unmöglich aufgegeben wird, einigermaßen zu lösen scheint.

Es erübrigt nur noch, in die Beziehung der Polizeistrafe zu dem von uns dargestellten Begriff der Polizeiwidrigkeit Klarheit zu bringen. Diese hat sich uns wesentlich als Polizeipflichtwidrigkeit dargestellt, indem wir die allgemeine polizeiliche Pflicht, sich polizeimäßig zu verhalten, zum Ausgangspunkt unserer Betrachtung gewählt haben, diese Pflicht, der die Forderung entspricht, sich als „guter polizeimäßiger Bürger,“[238]) als voll-

---

[236]) Es läßt sich sonach etwa folgendes Schema dieser Funktionen aufstellen:

	Primäre:	Sekundäre:
Kriminalstrafe:	Angemessenheit	Wirksamkeit
Ungehorsamsstrafe:	Wirksamkeit	Angemessenheit
Polizeistrafe:	Angemessenheit und Wirksamkeit	

Noch weiter gehend v. Stein Polizeirecht S. 36: „Da die polizeiliche Übertretung keine Rechtssphäre verletzt, so kann auch das Maß und die Art der Strafe mit dem durch die Übertretung verletzten Rechte in keinem Verhältnis stehn.“

[237]) Wir erinnern uns dabei der früher geläufigen Auffassung, der die Polizeistrafe wesentlich als Zwangsvollstreckungsmittel erschien, daher der Gegensatz zwischen Polizei- und Exekutivstrafe nicht bekannt war. Vgl. Schulze, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Handbuch des öffentl. Rechts, II. 2., S. 116, ders., Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 536 f., wo das Polizeistrafrecht sogar schlechthin den Zwangsmitteln beigezählt wird, wodurch die Polizei ihre Maßregeln durchsetzt, ferner Bornhak, Preußisches Staatsrecht, III., S. 149: Polizeistrafe = executio ad faciendum. Treffend Wahlberg, Das Strafrecht des Gesundheitswesens, Gesammelte kleinere Schriften, III., S. 308 f.: „Wenn die Geldstrafe als Ordnungs- oder Disziplinarstrafe zur Anwendung kommt, so hat sie als Glied des Verwaltungsstrafsystems eine andere rechtliche Bedeutung, als in dem allgemeinen staatlichen Strafrechte; sie ist hier ein Strafmittel für Ordnungswidrigkeiten und Verletzungen innerhalb eines besonderen Pflichtenverhältnisses, ihre Verhängung in der Regel nicht Ausfluß einer richterlichen Gewalt, sondern einer Exekutionsgewalt.“ In wesentlich gleichartiger Funktion tritt uns die Polizeistrafe im englischen Rechte entgegen, vgl. Julius Hatschek a. a. O. II. S. 522 ff.

[238]) So nach dem schlagenden Ausdruck O. Mayers Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 322; s. ferner Sonnenfels, Rede auf Marie Theresia v. 13. May 1762, Gesammelte Schriften, VIII., S. 32: „Die Wissenschaften führen den heran-

wertiges Glied der „polizierten Nation", wie es in der Blüte des Polizeistaats hieß, zu bewähren. Jede Polizeiwidrigkeit nun, die in die äußere Erscheinung tritt, bekundet die Nichterfüllung dieser Anforderung. **Jeder** Verstoß dagegen weist auf den Mangel der „politischen Einsicht"[239]) hin und legt für die mit der Polizeigewalt ausgestatteten Organe die nicht weiterer Begründung bedürfende Annahme nahe, daß man sich von Seite des gegenüberstehenden nicht polizeimäßigen Bürgers auch weiterer Polizeiwidrigkeiten zu versehen habe. Hier greift nun die Polizeistrafe ein, die, an die für den mangelnden Ordnungssinn sich als symptomatisch erweisende Polizeiwidrigkeit anknüpfend, als das geeignetste Mittel erscheint, einerseits die Verletzung der Pflicht des polizeimäßigen Verhaltens zu ahnden, anderseits dem Pflichtvergessenen jene allgemeine polizeiliche Pflicht mit dem erforderlichen Nachdruck in Erinnerung zu bringen und deren Erfüllung von ihm zu erzwingen.[240]) Mit der Verhängung der Polizeistrafe, die also zugleich den Schutz des Interesses der Verwaltung an polizeimäßigem Verhalten der Untertanen bezweckt, hat die Polizei ihre wesentliche Aufgabe, für den Fortbestand der öffentlichen Ordnung Sorge zu tragen, im konkreten Falle erfüllt.[241])

Mit dieser Einsicht sind wir außerhalb des Streites der Strafrechtstheorien zur Erkenntnis der wesentlichen Elemente des Waltens der Polizeistrafe gelangt, die sich als Mittel zum Vollzug der polizeilichen Pflicht nach Maßgabe der vorliegenden Polizeiwidrigkeit so „wirksam" zu gestalten hat, daß ein weiteres polizeiwidriges Verhalten von Seite des einzelnen Pflichtigen nach Tunlichkeit ausgeschlossen ist, und insofern als „Zuchtmittel" gegenüber denjenigen, die sich durch ihr Verhalten mit der staatlichen Verwaltungstätigkeit in Widerspruch gesetzt haben, die Natur einer Verwaltungsmaßregel, „eines Machtmittels zur Erreichung eines bestimmten Erfolges" (Laband) an sich trägt,[242]) die ihr den Charakter eines

---

wachsenden Bürger zu dem Erkenntnis der Pflicht, die er der Religion und dem Vaterlande schuldig ist: Wir aber werden zu deren Ausübung durch die weisen Verordnungen der Fürstin geleitet. Die Verbindlichkeiten des bürgerlichen Lebens sind stets die Verbindlichkeiten des redlichen Mannes."

[239]) So die oberste Justizstelle wiederholt im Laufe der Vorarbeiten zur Josefina. (Akt. d. Justizmin.). — Von „politischer Tugend" spricht Jung, Lehrbuch der Staats-Polizeywissenschaft, Leipzig 1780, S. 4 ff.

[240]) In dieser Funktion wirkt die Polizeistrafe ebenso wie die „Ordnungsstrafe". S. dazu G. Meyer, „Ordnungsstrafe" in v. Stengels Wörterbuch d. Deutsch. Verwaltungsrechts, II., S. 203 ff.

[241]) S. Stahl a. a. O. II. S. 594, Gneist, Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart im Vergleiche mit den deutschen Verwaltungssystemen, I., S. 267. — Darüber, daß der ältere Polizeistaat sich im übrigen in der Wahl der Mittel nicht beschränkt fand, vgl. Beidtel-Huber a. a. O. passim, wo die eingehendste Darstellung des österr. „Polizeisystems" geboten ist.

[242]) Mit schlagender Deutlichkeit erhellt dieser Charakter aus dem Hofd. v. 9. September 1803 (zit. bei Borschitzky, Handbuch d. österr. Gesetzes über Verbrechen v. 3. Sept. 1803, Prag 1815, S. 208 ff.): „. . . . Doch sollen deswegen diese bestimmt Beurlaubten nicht wegen jeder geringeren, zu keiner eigentlichen Bestrafung, sondern nur zu einer obrigkeitlichen Korreckzion geeigneten Vergehen z. B. wörtliche Unbilden, Zänkereyen, Unartigkeit gegen die Obrigkeit, mindere Übertretungen der Polizeyanstalten u. dgl. zu ihren Regimentern abgeschickt werden, sondern diese Korreckzion geringerer Vergehungen, die jedoch nur auf einen Verweis, oder auf einen Arrest durch einige, höchstens 8 Tage, niemals aber auf Stockstreiche, gemeine Arbeit, oder sonstige Strafe am Leib sich erstrecken darf, ist der Ortsobrigkeit eingeräumt. Bey der Manigfaltigkeit solcher unbedeutenden Vergehungen, wo sich keine Gränzlinie bestimmen läßt, bleibt es der Beurtheilung der Obrigkeit überlassen, ob sie das Vergehen nur zu gedachter Korreckzion, oder



Verwaltungsrechtsinstituts scharf und unzweideutig aufprägt.[243]) Und in diesem Sinne ist es der Polizeistrafe eigentümlich, daß ihre Verhängung die Normfeststellung zu ersetzen geeignet ist, indem die polizeilichen Behörden durch die Zuerkennung der Strafe im einzelnen Falle das näher bezeichnen, was sie als polizeiwidrig und strafbar anzusehen gesonnen sind.

Die bisher zur Darstellung gebrachte innere Selbständigkeit der Polizeistrafe, die sich uns als Strafe sui generis erwiesen hat, findet aber auch in den Formen, in denen die Polizeistrafgewalt geübt wird, ihren entsprechenden Ausdruck. Streng genommen ist das Verfahren, das zur Verhängung der Polizeistrafe führt, ein ganz formloses. Doch gerade dieser Formenmangel charakterisiert die Sache am zutreffendsten, weil es im Wesen der polizeistaatlichen Verwaltung als einer freien, nur von Zweckmäßigkeitsgründen geleiteten Tätigkeit begründet ist, daß sie sich nicht leicht in ein eigentliches formstrenges Prozeßrecht zwängen ließ. Aus den wenigen einschlägigen Vorschriften[244]) erweist sich als belangvoll lediglich, daß das Verfahren vor dem forum delicti commissi mündlich ist, und nur die wesentlichsten Punkte der Verhandlung (!) in ein tabellarisches Protokoll einzutragen sind, ferner daß ein Beschwerderecht nur in der Form des an bestimmte Fristen gebundenen Rekurses gegen die „zuerkannte Strafe" besteht,[245]) die jedoch nicht in einem „förmlichen Erkenntnis" auszusprechen ist, und daß die Erledigung des Rekurses ohne jede Organisierung des Verfahrens im administrativen Instanzenzug (polit. Landesstelle, Min. d. Innern) erfolgt,[246]) so daß die Strafverhängung sich im einzelnen Falle immer als Ausfluß der eigenen Willensbestimmung der Verwaltung darstellt.

---

zu einer schärferen Strafe geeignet findet. Im letzten Falle ist der Mann nebst einer Thatbeschaffenheit dem nächsten Militärcommando zu übergeben, und dabey zugleich anzuführen, ob, und aus welchen Gründen, desselben Einziehung vom Urlaube dienlich erachtet wird. Unter die, an das nächste Militärcommando Abzugebenden gehören auch jene, welche zwar nur ein geringes, bloß zur Korreckzion gehöriges Vergehen, jedoch bereits dreymal begangen, und die Korreckzion schon zweymal fruchtlos erhalten haben." Ähnlich Hofdekr. v. 21. Julius 1796.

[243]) Neben dieser theoretischen Grenzziehung zwischen polizeilicher und krimineller Strafe tritt in gleich markanter Weise die praktische Differenzierung durch das positive Recht hervor. (A. M. Makarewicz a. a. O. S. 91). Nur beispielsweise sei hier angeführt, daß die Polizeistrafe weder den Verlust oder die Suspendierung öffentlicher oder privater Rechte, noch auch die sg. Rechtsverwirkungen nach sich zieht, daß sie nicht als „Vorstrafe" im Sinne der StPO. gilt, und was für das geltende Recht besonders anzumerken ist, vor der Immunität der Mitglieder des Reichsrates, der Delegationen und der Landtage (§ 16 d. StGG. v. 21. Dez. 1867 Nr. 141 RGBl., § 23 d. StGG. v. 21. Dez. 1867 Nr. 146 RGBl. und § 2 des Ges. v. 3. Oktober 1861 Nr. 98 RGBl.) keinen Halt macht. (S. auch Erk. des Reichsgerichts v. 21. April 1890 Z. 42, Hyes Sammlung Nr. 482.) Anderes gilt gegenüber der Exterritorialität des diplomatischen Korps und des zugehörigen Personals, dessen Sonderstellung im Völkerrecht seine ausreichende Begründung findet. Auch hier wird nur eine Anzeige an das Obersthofmarschallamt Platz greifen dürfen. S. dazu Ullmann, Völkerrecht, in Marquardsens Handbuch, II. 2., 2. Aufl., S. 86.

[244]) Min.-Verordn. v. 3. April 1855 Nr. 61 RGBl., v. 5. März 1858 Nr. 34 RGBl., v. 31. Jänner 1860 Nr. 31 RGBl. und etwa noch das längst verschollene, aber auch völlig unzulängliche Hofkzl.-Dekr. v. 28. Julius 1808 über die Wiederaufnahme des Verfahrens.

[245]) Darüber, daß durch Versäumnis dieser Fristen noch keine Rechtskraft entsteht, vgl. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, II. 2. Aufl., S. 393.

[246]) Außerdem ist bestimmt, daß die Rekursinstanz die Strafe wohl mindern, ja selbst nachsehen kann (so schon Hofkanzleidekr. v. 8. Jänner 1788), daß

Im übrigen herrscht volle Ungebundenheit.[247]) Ja, selbst an der Regelung der einfachsten Formen der Beweisaufnahme mangelt es.[248])[249]) Die

---

gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse ein weiterer Rekurs unzulässig ist, und daß im Gegensatz zu den Bestimmungen des allgem. Strafges. (§§ 227 ff., 531 f.) die Strafverjährung durch den Ablauf der Zeit (grundsätzlich 3 Monate, abweichend z. B. Gewerbeordnung v. 20. Dezember 1859 Nr. 227 RGBl.: 6 Monate) ohne Anderes als hergestellt anzusehen ist.

[247]) Treffend charakterisiert diesen Zustand Lienbacher in seiner bereits oben zit. Rede in der 403. Sitzung des Hauses der Abg. v. 31. Okt. 1878: „Gegenwärtig entbehrt das Verfahren aller schützenden Normen, denn der einzige Schutz, der durch das Rekursrecht gewissermaßen geboten ist, ist keineswegs ausreichend. Nicht einmal von den höheren Instanzen kann man sagen, daß man da die Garantie dafür hat, daß ein Collegium entscheidet; auch dort kann ein einzelner Mann entscheiden. Denn es verhält sich leider seit einer Reihe von Jahren bei uns in Österreich so, daß die Behörde eigentlich verschwunden ist, und nur die Eine Person sich an die Spitze stellt und entscheidet. Es entscheidet zuerst das große „Ich" des Bezirkshauptmannes, nicht die Bezirkshauptmannschaft, es entscheidet dann das größere „Ich" des Statthalters, nicht die Statthalterei, dann entscheidet das größte „Ich" des Ministers, aber nicht das Collegium der Hofräthe. Es ist ein trauriger Zustand, wenn das noch gesetzlich genannt werden muß, daß über alle Hofräte, Statthalter, Statthaltereiräte und Bezirkshauptleute eine einzige Person, der Minister, das große Wort sprechen kann und allein die Majorität bildet, um in einer solchen Sache die Entscheidung herbeizuführen." (Stenogr. Prot., VIII. Sess., S. 12 979 ff.) — Einen wenn möglich noch tiefern Einblick in diese höchst mißständliche Polizeistrafpraxis bietet uns das wertvolle Selbstbekenntnis der „Studien" S. 3: „Die Kargheit dieser Verfahrensvorschriften sollte offenbar Einfachheit und Raschheit des Verfahrens selbst bewirken. Wie die gemachten Erfahrungen zeigen, hat sich aber diese Erwartung nicht erfüllt: Das Strafverfahren bei den Übertretungen, deren Ahndung im Wirkungskreise der politischen oder polizeilichen Behörden liegt, ist in der Regel zu langsam und weist in der Praxis, gerade wegen des Mangels ausreichender und zweckentsprechender Vorschriften, vielfache Umständlichkeiten auf. Soweit die Gemeindevorstehungen zur Ausübung des Strafrechtes berufen wurden, fehlt es — insbesondere in manchen Landgemeinden — oft auch an der erforderlichen Gesetzeskenntnis, ebenso wie an der nötigen Unbefangenheit des Urteils, um eine richtige Handhabung der Strafvorschriften zu gewährleisten." — S. Frhr. v. Benz, Strafprozeßrecht in der österr. Administration (Öst. Ztschr. f. Verw., 1895, Nr. 39, 40), wo mit wenig Geschick der Aufbau einer Polizeistrafprozeßordnung nach Analogie der Kriminalprozeßordnung versucht wird.

[248]) Einem weniger kritisch veranlagten Zeitalter konnte freilich noch das Hofkanzleidekr. v. 30. September 1806 entsprechen, das geringere Vergehen, die sich nicht zu schweren Polizeiübertretungen eignen, nach Analogie des II. Teiles des allgem. Strafgesetzes behandelt wissen wollte. Aber auch schon damals mochten sich erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Einrichtung geltend gemacht haben, so daß mit Dekret d. Nied.-Österr. Regierung v. 11. Junius 1812 verordnet ward: „Das für schwere Polizey-Übertretungen vorgeschriebene Verfahren ist mit einem großen Umtriebe verbunden, und selbst schon bey minderen schweren Polizey-Übertretungen zu weitläufig und lästig. Es ist also kein Grund vorhanden, dieses Verfahren auch auf solche Vergehen anzuwenden, die wegen ihrer Geringfügigkeit nicht einmal in die Classe der schweren Polizey-Übertretungen von minderem Belange gehören. Bey solchen Vergehen ist ein summarisches Verfahren, wie solches bey den politischen Erhebungen der Kreisämter stattfindet, hinreichend."

[249]) Ja nicht einmal die Zeugnispflicht hat die gesetzliche Anerkennung gefunden. § 9 der Verordn. v. 54 regelt nur die Pflicht des persönlichen Erscheinens, ohne sich über die Pflicht zur Auskunftserteilung auszusprechen. Und doch wird eine solche als bestehend erachtet werden müssen, wenn anders sich nicht das Recht der polit. Behörden, „die in ihrem Amtsgebiete befindlichen Personen, deren Erscheinen in einer Amtshandlung nötig ist, vorzuladen", als illusorisch erweisen soll. Wo die Mittel gegeben sind, kann ihnen nicht die Verwirklichung des hiedurch zu erreichenden Zweckes versagt werden. U. E. ist

das Verfahren leitende Behörde klagt an, erkennt und vollstreckt zugleich — und bewährt so die heute anderwärts nur noch sagenhaft klingende „Allmacht der Polizei".[250]) Diese Formlosigkeit des Verfahrens offenbart sich wohl der historischen Betrachtung nicht als Anomalie des österr. Polizeistrafrechts.[251]) Sie weist aber deutlich genug auf die Stufe hin, die dessen Entwicklung bisher noch nicht überschritten hat, und macht im Zusammenhalt mit den bereits erörterten wesentlichen Funktionen der polizeilichen Ordnungsbuße klar, daß dem herrschenden System jener Gedanke zu Grunde liegt, der die Verhängung der Polizeistrafe als einen integrierenden Bestandteil der polizeilichen Amtsgewalt,[252]) als reinen

---

daher die Auskunftspflicht von Zeugen schon nach geltendem Rechte erzwingbar. (S. Anschütz a. a. O. S. 450; a. M. Tezner a. a. O. S. 144, Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I., S. 488 f., insbes. Anm. 8.). § 7 dieser Verordn. wird die etwa noch besonders geforderte Grundlage bieten. Allerdings ist hier nur von zwangsweise durchzusetzenden Verboten die Rede. Darin sind aber — wie noch unten auszuführen sein wird — auch Gebote mitbegriffen. Äußersten Falles, d. h. bei gegensätzlicher Auffassung, wird sich nicht vermeiden lassen, zur Verwirklichung der Zeugnispflicht zum Verbot an den erschienenen Vorgeladenen zu greifen, sich nicht eher zu entfernen, als bis die geforderte Auskunft erteilt worden ist. — Nicht anwendbar aber wäre diese Argumentation zu Gunsten der etwaigen Annahme der Eidespflicht. Dafür sprechen nicht, wie vorhin, Gründe der Notwendigkeit, wohl aber dagegen mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung Gründe der Gesetzgebungspolitik, die die Verwendung des Eides nur als letztes Auskunftsmittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit gestatten. (S. Otto Hatschek a. a. O. S. 53 ff., Sep.-Abdr. S. 55 ff.). Außerdem wird folgende Erwägung Platz greifen dürfen. Die Anerkennung des „Rechts des Staates auf Wahrheit" erscheint dadurch gegeben, daß auf seine praktische Negierung kriminalrechtliche Sanktionen festgesetzt sind, indem dem Staate zur Geltendmachung jenes Interesses an wahrheitsgemäßer Aussage kriminelle Strafen zu Gebote stehen. So zieht das falsche gerichtliche Zeugnis, das im Falle der eidlichen Bekräftigung einen qualifizierten Deliktsfall konstituiert, nach §§ 202 ff. StGB. schwere kriminelle Strafe nach sich. Ebenso ist ein vor den politischen Behörden zur Beeinträchtigung ihrer Strafgewalt falsch abgelegtes Zeugnis als Übertretung (§§ 197, 205, 461 StGB.), und soferne die Voraussetzung des § 200 StGB. zutrifft, d. h. der Schade, der verursacht, oder auf welchen die böse Absicht gerichtet worden, sich höher als auf 50 K beläuft, als Verbrechen des Betrugs zu bestrafen. (S.u.a.E. d. Kassationsh. v. 23. Mai 1889 Z. 3167, Nowak sche Sammlung Nr. 1264.) Der Leistung eines falschen Eides vor den Verwaltungsbehörden dagegen steht keine solche kriminalrechtliche Sanktion zur Seite. Für uns ergibt sich daraus als das dem herrschenden Rechtssystem immanente Prinzip, daß den Verwaltungsbehörden die Ermächtigung zur Auferlegung oder zur Abnahme von Parteien- oder Zeugeneiden abgeht, ganz ebenso wie die strafrechtliche Sanktion auf das falsche Zeugnis vor den Verwaltungsbehörden uns deren Recht, Auskunft zu verlangen, ganz zwingend darzutun scheint. Im übrigen ist auf das Hofdekr. v. 18. September 1828 Z. 21 870 (Provinzial-Gesetzsammlung für Galizien und Lodomerien, X., Nr. 149) zu verweisen, aus dem wohl per argumentum a contrario, indem dort die Zulässigkeit „der Eidesabnahme von Zeugen in wichtigeren Fällen von schweren Polizey-Übertretungen" anerkannt wird, auf deren Unstatthaftigkeit im Verfahren wegen Polizeivergehen geschlossen werden darf. Nicht unbeachtlich scheint uns endlich zu sein das Hofkzl.-Decr. v. 5. Juni 1835 Z. 13 866: Die Beeidigung von Aussagen oder Erklärungen, die infolge politischer Verhandlungen eintreten, darf nicht stattfinden.

[250]) Schulze, Das preußische Staatsrecht, II. 3., S. 537, s. ferner v. Stein Polizeirecht S. 7, Anschütz a. a. O. S. 406.

[251]) S. Mittermaier im Arch. d. Criminalr., 1848, S. 181 ff.

[252]) S. Jolly a. a. O. S. 2, ferner Stahl a. a. O. II. 2. S. 594: „Die Polizei übt auch eine Strafgewalt. Diese ist nicht etwas der Rechtspflege Entnommenes, sondern liegt in ihrem eigenen Wesen."

Ausfluß des Verwaltungsimperiums und die Polizeistrafe selbst aber als Verwaltungsmaßregel erscheinen ließ, „deren Basis nicht die Idee des Rechts, sondern die durch die Verwaltung aufrecht zu haltende öffentliche Ordnung ist.“[253])

§ 8. Das rechtliche Wesen der österr. Polizeistrafgewalt.

Aus diesem Mangel der objektiven Bestimmtheit des Verfahrens im Zusammenhalt mit dem eigenartigen Charakter der Polizeistrafe ergibt sich nun ohne Weiteres, daß deren Verhängung nicht die Natur eines strafrichterlichen Aktes hat. Mit diesem Satze sind wir aber auf das tiefste Prinzip des österr. Polizeistrafrechts geraten. Die entgegengesetzte Anschauung,[254]) wohl unterstützt durch die konstante Judikatur des Reichsgerichts,[255]) die von dem Grundsatz ausgeht, daß die Verwaltungsbehörden für Polizeistraffälle als ordentliche Richter gesetzlich bestellt seien, und das Polizeistrafverfahren als einen Zweig der Justiz anzusehen pflegt, ist völlig unhaltbar.

Wir sehen ganz davon ab, daß schon die Verschiedenheit der eingreifenden staatlichen Organe auf einen Unterschied der von ihnen geübten staatlichen Funktionen hinzudeuten scheint.[256])[257]) Auch soll kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß die zur Ausübung der

---

[253]) So v. Stein Polizeirecht S. 37, ferner ebendort: „Die (Polizei-)Strafe hat vielmehr einen Zweck, und ihr Charakter ist daher in durchgreifendem Gegensatz zu dem eigentlichen Strafrecht der, vielmehr eine Verwaltungsmaßregel als eine Strafe zu sein.“

[254]) S. Ulbrich, Grundzüge des österr. Polizeirechtes in den Mitteilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, XIII. 1881, S. 10, Brockhausen Strafpflicht S. 44 f.

[255]) S. oben Anm. 139.

[256]) Vgl. dazu v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880, S. 82 ff., ders., Allgem. Verwaltungsrecht in Marquardsens Handbuch d. öffentl. Rechts, I. 2., S. 151, O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 9. — Zur Untersuchung und Bestrafung der Polizeidelikte ist nämlich — wenn wir dabei von den im StGB. enthaltenen polizeideliktischen Tatbeständen absehen — ausschließlich der politische Behördenorganismus berufen. Daher dürfen die ordentlichen Gerichte eine Judikatur über Polizeiübertretungen selbst dann nicht ausüben, wenn letztere mit Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen des Strafges. konkurrieren. Eine Ausnahme von diesem auch in den Erl. des Just.-Min. v. 24/1 1855 Z. 25 323 und v. 16/8 1855 Z. 16 657 (s. Hyes Sammlung der seit dem Regierungsantritte Sr. Majestät des Kaisers Franz Josef I. bis zum Schluß des Jahres 1855 erlassenen und noch in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen für das Kaiserthum Österreich, Wien 1859, Nr. 2370, 2662) ausgesprochenen Grundsatz begegnet uns nur in dem Falle der Konnexität der Übertretung des unbefugten Waffentragens (§§ 36, 39 d. kaiserl. Pat. v. 24. Oktober 1852 Nr. 223 RGBl.) mit einer andern den Gerichten zur Entscheidung zugewiesenen strafbaren Handlung.

[257]) Diese funktionelle Verschiedenheit zwischen Rechtsprechung und polizeilicher Strafverhängung ist freilich dann nicht gegeben, wenn, wie es in Österreich wiederholt zu geschehen pflegte (s. oben S. 36), eine ganze Gruppe von Übertretungen des StGB., über deren polizeideliktischen Charakter niemals Zweifel bestanden haben, der Ahndung der politischen bezw. Polizeibehörden zugewiesen wurde. Allein für diese Fälle hat die österr. Gesetzgebung stets den Grundsatz anerkannt, daß die Sicherheitsbehörden dann nur „als stellvertretende Behörden der Strafgerichte“ (§ 9 Abs. 3 StPO. v. 1853) fungieren und demgemäß nach den für diese geltenden Vorschriften zu verfahren haben, daß also im Geiste der österr. Gesetzgebung „eine eigentliche Strafgerichtsbarkeit auch nur den Gerichten zusteht.“ S. v. Hye-Glunek, Die leitenden Grundsätze der österr. Strafprozeßordnung vom 29. Juli 1853, Wien 1854, S. 110 f.

Polizeistrafgewalt berufenen Verwaltungsbehörden nicht jene eigentümliche staatsrechtliche Stellung genießen, die die mit der Rechtspflege betrauten Gerichte auszeichnet.

Nur in den weitesten Umrissen wird hier festzustellen sein, wie wenig die sich als Gewaltübung manifestierende Polizeistraftätigkeit die den Begriff der Rechtsprechung konstituierenden Merkmale an sich trägt.

Seit jeher wird das Wesen der strafrechtsprechenden Tätigkeit in dem auf Grundsätzen der Logik aufgebauten Prozeß der Subsumtion der verübten Handlung unter den Tatbestand einer bestimmten Strafandrohung erblickt. Es gilt ferner als im Prinzip der Rechtsprechung gelegen, daß sie, ganz unbekümmert um die sich außerhalb der Rechtsordnung etwa sonst geltend machenden öffentlichen Interessen, ausschließlich auf die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gerichtet ist und diesem Ziele nach Maßgabe der Gesetze im förmlichen Verfahren durch verbindliche Feststellung des konkreten Rechtsverhältnisses zustrebt.[258])

Keines von allen diesen leitenden Grundprinzipien, die die rechtsprechende Tätigkeit auszeichnen, begegnet uns bei der Ausübung der Polizeistrafgewalt wieder. Als Rechtsprechung kann diese Tätigkeit der Verwaltung aber auch schon deshalb nicht qualifiziert werden, weil die Rechtssphäre des Einzelnen ihrem Zugriff ganz offensteht, und das Ermessen der Verwaltungsorgane nicht an rechtliche Schranken gebunden ist.[259]) Schon der Begriff der Polizeiwidrigkeit, der sich uns als stetig wandelbar, den fluktuierenden Verwaltungsmaximen folgend und durch den jeweiligen Kulturzustand des Gemeinwesens bedingt erwiesen hat, und nach der Natur der Sache von den den sozialen Wechselbeziehungen des täglichen Lebens allein Geltung verschaffenden Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und Billigkeit beherrscht wird, deren Schätzung in das Ermessen der politischen Behörden gestellt ist, schließt jene die Rechtsprechung charakterisierende Subsumtionsmöglichkeit schlechthin aus; ebenso wie er die dem Rechts begriffe charakteristische rechtlich gebundene Gleichartigkeit der obrigkeitlichen Tätigkeit unmöglich macht.[260]) Mit andern Worten: die „Polizeiwidrigkeit" kann nicht Gegenstand einer objektiven Beurteilung und Bestimmung sein; die aus diesem Begriff resultierende, im österr. Polizeistrafrecht noch immer vorwaltende Typenlosigkeit bietet dem logischen Verhältnis der Subsumtion zwischen dem Begriff des polizeiwidrigen Verhaltens und dem eines faßbaren abstrakten Tatbestands keinen Raum.[261]) Es erhellt vielmehr, daß die Verwaltungsbehörden in dieser unbegrenzten, durch ihre rein diskretionäre Gewalt beherrschten Machtsphäre lediglich mit Rücksicht auf die jeweiligen in dem allgemeinen Wohle gipfelnden Verwaltungsinteressen vorgehen,[262]) ganz ebenso wie das oben dargelegte Wesen der polizeilichen Strafe deren Verhängung als administratives Machtmittel zur Verwirklichung der

---

[258]) S. Laband Staatsrecht II. S. 165.

[259]) Vgl. Schulze. Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, S. 159, v. Sarwey Das öffentliche Recht S. 76.

[260]) S. O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 95.

[261]) S. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 198.

[262]) Wobei noch ganz wesentlich die oben näher erörterte Ungebundenheit des Verfahrens ins Gewicht fällt. S. Jellinek Gesetz und Verordnung S. 218.

öffentlichen Interessen und insofern als einen wahren materiellen Verwaltungsakt kennzeichnet.[263])

Am eklatantesten tritt u. E. die Ablehnung der Auffassung der polizeilichen Strafverhängung als richterliche Funktion, deren höchstes Prinzip seit jeher in der unwandelbaren, rücksichtslosen Anwendung des Gesetzes erblickt wird, in der, durch die Verordn. d. Min. d. Inn. v. 30. August 1868 Nr. 124 RGBl. betreffend die Behandlung der Rekurse in Angelegenheiten der politischen Verwaltung, anerkannten Berechtigung der Verwaltungsbehörden zur „Strafschonung" hervor, indem diese hier für befugt erklärt werden, die den Gegenstand der Beschwerde bildende Entscheidung oder Verfügung selbst abzuändern und damit den Rekurs zu erledigen.[264]) Hier offenbart sich uns ganz unzweideutig die in der rechtlichen Freiheit der Entschliessung wurzelnde Natur der polizeilichen Strafverhängung als freie Verwaltungstätigkeit, arbiträre Festsetzung, im Gegensatz zu der im Wesen der Rechtsprechung gelegenen Gebundenheit der Entscheidung.[265]) Nicht weniger deutlich tritt dieser Unterschied endlich auch darin hervor, daß jede vorgesetzte Verwaltungsbehörde das formlos geschöpfte Erkenntnis der untergeordneten Organe vermöge ihres allgemeinen Aufsichtsrechtes abändern kann und auch sonst durch ihre Willensäusserungen den Willen der letztern zu bestimmen in der Lage ist, so daß die polizei-

---

[263]) Vgl. Laband Staatsrecht II. S. 165 f., Anschütz a. a. O. S. 405; s. auch Makarewicz a. a. O. S. 93, wo anerkannt ist, daß „die Handhabung der Strafrechtspflege (gegenüber Polizeiübertretungen) ja eigentlich mehr einen Teil der Verwaltung als des Strafrechts bildet", insbes. aber v. Stein Polizeirecht S 37, Schulze, Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 537, v. Stengel in seinem Wörterbuch des Deutsch. Verwaltungsr., II: „Verwaltungsgerichtsbarkeit" und Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 48: „Eine Verwaltung, die nicht im Bewußtsein dessen handelt, daß sie Rechtsnormen bei all ihrer Tätigkeit erfülle, kann freilich nicht ‚Recht sprechen'", trotz der weiten Ausdehnung, die B. dem Begriff der Rechtsprechung zu geben geneigt ist, ferner S. 64 ff., entgegengesetzt freilich S. 78.

[264]) Wohl wird hier als wesentliche Voraussetzung bezeichnet, daß durch die angefochtene Verfügung „nicht einem Anderen ein Recht zuerkannt wurde". Allein gegenüber der polizeilichen Strafverhängung erweist sich diese auf andern Gebieten allerdings belangvolle Beschränkung als ganz bedeutungslos. Vgl. dazu Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 309. — Es leuchtet ferner ein, daß die der I. Instanz ein Milderungsrecht absprechende Bestimmung des § 4 der Min.-Verordn. v. 31. Jänner 1860 Nr. 31 RGBl. keine praktische Bedeutung mehr hat. Denn wenn die Behörde I. Instanz die Strafe infolge erhobenen Rekurses ganz nachsehen kann, so scheint uns dieses Recht auch nicht dadurch alteriert zu sein, daß sie angewiesen wird, „bei besonders rücksichtswürdigen Umständen", die doch regelmäßig auch nur durch ein Einschreiten des mit Strafe Belegten offenbar werden dürften, „die Milderung oder Nachsicht der Strafe bei der politischen Landesstelle von Amtswegen zu beantragen."

[265]) Innerhalb des Wirkungskreises der Gerichte begegnet uns eine ganz analoge Bestimmung nur in dem kaiserl. Pat. v. 9. Aug. 1854 Nr. 208 RGBl. über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen, dessen Charakter als Komplex von Verwaltungshandlungen aber außer Frage steht. Der maßgebende § 9 lautet: „Wer sich durch die Verfügung der I. Instanz über einen Gegenstand der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen beschwert erachtet, hat die Wahl, bei dem unteren Richter eine blos an diesen selbst gerichtete Vorstellung oder eine Beschwerde (Rekurs) anzubringen, oder mit der Vorstellung den Rekurs zu verbinden. In allen diesen Fällen kann die I. Instanz ihre frühere Verfügung, insofern dadurch nicht dritte Personen Rechte erlangt haben, abändern, und damit die Vorstellung oder Beschwerde selbst erledigen."



liche Strafverhängung ihr wesentliches Merkmal, Ausfluß der eigenen Willensbestimmung der Verwaltung zu sein, beibehält.[266])

Außerdem ist die polizeiliche Strafverhängung an sich im Gegensatz zu der gesetzlich abgewogenen und gebundenen durch die Gerichte nicht der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, sondern nur der Wahrung der Verwaltungsinteressen zu dienen bestimmt.[267]) Wo freilich für diese Tätigkeit Normen bestehen, wie es ja auch schon im absoluten Staate der Fall war, darf sie die strafende Polizei nicht unberücksichtigt lassen. Sie sind aber dann nur das Medium, durch das sich das öffentliche Interesse durchzusetzen strebt, ohne daß diese Tätigkeit dadurch die Natur einer Verwaltungshandlung einbüßt.[268])

Denn nicht von ungefähr kommt es, daß sich bis auf die Gegenwart in dem österr. Rechtssystem der Terminus: Polizeistraf r e c h t noch nicht zur Geltung durchgerungen hat, daß vielmehr ausnahmslos, wo man dem Begriff begegnet, sei es in der Gesetzgebung, sei es in der Verwaltungspraxis, von bloßer Gewaltübung die Rede ist.[269]) Offenbar liegt darin das in der Erkenntnis, daß die an sich schrankenlose Polizeistrafgewalt noch der rechtlichen Begrenzung entbehre, wurzelnde Zugeständnis, daß der Begriff des Polizeistraf r e c h t s sowohl im subjektiven als auch im objektiven Sinne einem erst zu erreichenden Entwicklungsstadium angehört.

Wohl fordert die Rechtsstaatsidee die Umwandlung der Polizeistrafgewalt in ein Polizeistrafrecht.[270]) Allein zu einer rechtlichen Gestaltung erhebt sich die Gewalt, erst wenn durch Feststellung der Voraussetzungen ihrer Herrschaftsübung, des rechtlichen Dürfens, ihrer Betätigung Grenzen gezogen werden, die sie für sich als bindend anerkennen muß.[271]) Denn die Rechtsstaatsidee an sich hat das Polizeistraf r e c h t nur möglich, aber noch nicht zur Wirklichkeit gemacht.[272])

---

[266]) In diesem Sinne hebt schon P r a t o b e v e r a, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, I., S. 22 hervor, „daß es keine justizmäßigen Polizey-Sachen geben könne". S. ferner G o l d s c h m i d t Verwaltungsstrafrecht S. 198.

[267]) S. O. M a y e r Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 257; mit der wünschenswerten Präzision u. a. auch T h o m a a. a. O. S. 49, v. S a r w e y, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 151, S c h u l z e, Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 537.

[268]) Eine leise Andeutung dieses Gedankens findet sich schon bei W a h l b e r g, Das Strafrecht des Gesundheitswesens a. a. O., S. 308. — Er scheint sich uns aber auch in d. Verordn. d. Min. d. Inn. u. d. Justiz u. d. oberst. Polizeibehörde v. 3. April 1855 Nr. 61 RGBl. geltend zu machen, wo die Untersuchung und Bestrafung der Polizeidelikte als zur „politischen Geschäftsführung" gehörig bezeichnet werden.

[269]) Vgl. nur aus neuester Zeit die §§ 16, 17 d. Verordn. v. 54, ganz besonders aber den Erl. d. Min. d. Inn. v. 4. April 1894 Z. 1224 über die Handhabung der den politischen und Polizeibehörden zustehenden Straf g e w a l t (Verordnungsblatt d. Min. d. Inn. ex 1901 Nr. 1). — Gleichwohl läßt sich der Ausdruck Polizeistraf r e c h t trotz seiner großen Ungenauigkeit hier nicht entbehren, weil der Sprachgebrauch in dieser Hinsicht eine empfindliche Lücke aufweist, indem wir keinen brauchbaren, den Begriff der Gewaltübung in gleicher Weise charakterisierenden Ausdruck besitzen.

[270]) S. G o l d s c h m i d t, Festgabe für K o c h, S. 419.

[271]) S. v. L i s z t Lehrbuch S. 1 Anm. 1, G. M e y e r, Lehrbuch des Deutsch. Verwaltungsr., I., S. 28, ferner G o l d s c h m i d t Verwaltungsstrafrecht passim, z. B. S. 312, 397, wo treffend ausgesprochen wird, daß der Ausübung der Verwaltungsstrafgewalt der Rechtscharakter insolange abgeht, als der Satz nulla poena sine lege keine Geltung behauptet; v. S t e i n Polizeirecht S. 7 f.

[272]) v. S t e i n Polizeirecht S. 75: „Es bezeichnet einen hohen Grad öffentlich-rechtlicher Entwicklung, wenn ein Staat überhaupt zu dem Bewußtsein ge-

So wird es auch einigermaßen verständlich, daß das Gesetz v. 22. Okt. 1875 Nr. 36 RGBl. ex 1876 über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, die Aktivierung seiner Zuständigkeit in Polizeistrafsachen in einer normativen Anweisung auf die Zukunft (§ 48) bis zum Zustandekommen des in Aussicht gestellten Polizeistrafgesetzes und der damit in Verbindung stehenden Jurisdiktionsbestimmungen auf sich beruhen ließ. Denn es ist klar, daß die nach heutigem Rechtsstand lediglich von Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit geleitete polizeiliche Strafverhängung, die insofern die Natur eines Verwaltungsaktes hat, aus Gründen des Rechtes nicht angefochten und folglich auch nicht vor das Forum eines auf die Rechtsfrage beschränkten, also die administrativen Erkenntnisse lediglich nach dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit kontrollierenden Gerichtshofs gezogen werden kann.[273]) Und wie für jede Rechtschutzeinrichtung, ist auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur dort Raum, wo die öffentlichen Rechtsverhältnisse genau bestimmt sind, und die Machtsphäre der Verwaltungsorgane durch Rechtsgrundsätze scharf begrenzt ist, weil sie nur dann ihrem praktischen Zwecke der Aufrechterhaltung der die Verwaltung beherrschenden Rechtsprinzipien zu dienen imstande ist.[274]) Allein gerade diese unerläßliche Voraussetzung einer sichern Rechtsprechung fehlt uns innerhalb des österr. Rechtssystems ganz, indem es an einem feststehenden objektiven Recht mangelt.[275]) Dieser Erkenntnis leihen auch die jenes Manko der österr. Gesetzgebung rechtfertigenden Worte des Motivenberichts den treffendsten Ausdruck: „Es bedarf noch einer Revision der Bestimmungen über die arbiträre Strafgewalt der Polizeibehörden im Geiste des konstitutionellen

---

langt, daß die Verfügungen seiner Exekutivorgane ein Recht haben müssen. Wir sind, wenigstens auf dem Continent, erst im Beginn dieser Rechtsbildung"; s. auch Grünwald a. a. O. S. 100, ferner die die praktische Unerträglichkeit des herrschenden Rechtszustands unter Bloßlegung der wesentlichsten Lücken scharf geißelnden Ausführungen des Abg. v. Plener in der Sitzung des Haus. der Abg. v. 18. März 1875: „ . . . . . Wenn wir eine Kodifikation der Verwaltungsgesetze, wenn wir bestimmte Normen für das Administrativverfahren, wenn wir ein Gesetz über die Vollzugsgewalt der administrativen Behörden, wenn wir die Kollegialorganisation der Verwaltungsbehörden besitzen, dann erst werden wir gewisse Elemente der rechtsprechenden Verwaltung einführen können, dann wird diese eine Verwaltung nach Recht und Gesetz sein und wird den Grundlagen eines Rechtsstaates entsprechen." (Stenogr. Prot., VIII. Sess., S. 4677 f.).

[273]) S. Laband Staatsrecht II. S. 188.

[274]) S. v. Sarwey, Das öffentliche Recht usw., S. 79, 164, Seydel a. a. O. II. S. 436 f., G. Meyer Lehrbuch I. S. 36 ff., Meyer-Anschütz a. a. O. S. 671 f.; s. auch v. Plener in seiner oben zitierten Rede: „Das administrative Verfahren unserer Behörden ist vollständig regellos, der reinen Willkür der Behörden überlassen, und gerade wenn wir den Begriff der Judikatur in die Verwaltung einführen wollen, so können wir nicht anders, als wenn wir den unteren Behörden, welche innerhalb ihrer Entscheidung jurisdiktionell zu befinden haben, feste, wirkliche Normen ihres Verfahrens geben, die allein die Bürgschaft für den Rechtsschutz der Parteien abgeben. Allein auch diese Vorbedingung fehlt und ist nicht gegeben."

[275]) Treffend sind diese Bedenken, die sich aus unsrer Auffassung des österr. Polizeistrafrechts ganz naturgemäß ergeben, von v. Stengel in seinem Wörterbuch II. unter „Verwaltungsgerichtsbarkeit" ausgesprochen: „Eine derartige Zuständigkeitsabgrenzung (wie im österr. Gesetze) setzt zu ihrer praktischen Durchführung ein fein ausgebildetes öffentliches Recht voraus, in welchem namentlich die rechtlichen Ansprüche und Pflichten scharf und klar bestimmt sind und das behördliche Ermessen durch bestimmte Grenzen festgestellt ist."

Staatsrechts, bevor festgestellt werden kann, ob und inwieweit auch gegen administrative Strafverfügungen ein Beschwerdezug an den Verwaltungsgerichtshof stattzufinden hat."[276])

Freilich hat diese fortdauernde Ausnahme der Polizeistrafsachen von der Kognition des Verwaltungsgerichtshofs die bedenklichsten Mißstände im Gefolge, indem der durch den Verwaltungsgerichtshof bei der heutigen Rechtslage zu gewährende Rechtsschutz gegen ungemessene Polizeianforderungen sich als höchst unzureichend erweist. Im Einklang mit Art. XV des StGG. v. 21. Dezember 1867 Nr. 144 RGBl. über die richterliche Gewalt normiert § 2 des zit. Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes dessen Zuständigkeit für alle diejenigen Fälle, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Danach ist, um einen typischen Fall herauszugreifen, die Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofs begründet, wenn die politischen Behörden dem Einzelnen durch eine Verfügung eine Verpflichtung auferlegen, die sich durch polizeirechtliche Gesichtspunkte nicht rechtfertigen läßt. Die Verwaltungsbeschwerde wird hier auf die Aufhebung der die Pflicht unberechtigter Weise aussprechenden Verwaltungsverfügung gerichtet sein. Nun kann die Abwägung zwischen den Verwaltungsinteressen und der rechtlich zu schützenden subjektiven Rechtssphäre durch den Verwaltungsgerichtshof zur Aufhebung dieser Verfügung führen. Da aber der Verwaltungsgerichtshof erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzugs angerufen werden kann (§ 5), und die Beschwerde von Rechtswegen keine aufschiebende Wirkung hat (§ 17), wird sich regelmäßig ergeben, daß die Nichtbeachtung der Verfügung in dem abgekürzten administrativen Instanzenzug definitive Polizeistrafe nach sich gezogen haben wird, noch ehe das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs erflossen ist.

Eine noch tiefere Lücke im bestehenden Verwaltungsorganismus tritt uns in dem gewiß nicht seltenen Falle entgegen, wenn ebendieselbe Verfügung, deren Nichtbeachtung zu der keinem weitern Rechtszug unterliegenden und daher in diesem Sinne rechtskräftigen Strafverhängung geführt hat, a posteriori vom Verwaltungsgerichtshof kassiert wird.

In seiner ganzen Unhaltbarkeit zeigt sich uns aber der gegenwärtige Rechtszustand bei folgender Betrachtung. Weil die zwangsmäßige Durchführung von Polizeiverfügungen der Rechtskontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof unterliegt, ist mit Fug anzunehmen, daß auch Exekutivstrafsachen von seiner Judikatur nicht auszuschließen sind, daß also gegen die Exekutivstrafverfügung ebenso wie gegen die Anordnung, um deren Vollstreckung es sich handelt, die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist.[277]) Wie nun noch unten auszuführen sein wird, kann polizeiwidriges Verhalten nach geltendem österr. Rechte (§ 7 d. Verordn. v. 54) sowohl exekutive als auch deliktische Bestrafung nach sich ziehen. Es dürfte sich daher kaum selten ereignen, daß die Exekutivstrafverfügung durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs aufgehoben wird, während die von der politischen Landesstelle einmal bestätigte Polizeistrafe trotzdem ein für allemal bestehen bleibt oder sich nur im

---

[276]) S. Gautsch v. Frankenthurm, Die Gesetze v. 22. Oktober 1875 Nr. 36 und 37 RGBl. Jahrg. 1876 über den Verwaltungsgerichtshof mit Materialien, 1876, S. 14.

[277]) S. auch Žolger a. a. O. S. 233, Hauke, Grundriß des Verfassungsrechts, (Grundriß d. Österr. Rechts III. 1.), S. 115.



Gnadenwege rückgängig machen läßt. — Diese Erwägungen werden kaum einen Zweifel darüber übrig lassen, daß die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polizeistrafsachen eine der nächsten Forderungen sein muß, die die Gesetzgebung im unmittelbaren Anschluß an die Reform des materiellen Rechtes zu verwirklichen haben wird.[278])

§ 9. Zur Frage der Übertragung strafrechtlicher Prinzipien auf das Polizeistrafrecht.

(Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip?)

Die bisher dargelegte volle Ungebundenheit der mit der Ausübung der Polizeistrafgewalt betrauten Verwaltungsbehörden hat freilich die eigenartige Erscheinung ins Leben gerufen, daß die Polizei in ihrer durch schwankende Sätze des ungeschriebenen Rechtes bestimmten Praxis selbst nach Schranken sucht, weil sie von rechtsstaatlichen Ideen beeinflußt, sich deren drängendem Geiste nicht mehr zu entziehen vermag. Ganz ohne jede gesetzliche Basis hat sich die auch durch die Theorie geheiligte Praxis, rein strafrechtliche Lehren auf die Polizeidelikte ganz unbesehen zu übertragen, derart festgewurzelt, daß der Grundsatz der Behandlung der Polizeidelikte nach Analogie der kriminellen bereits die Bedeutung eines unumstößlichen Dogmas gewonnen hat. Völlig verkannt wird dabei die ausgesprochen verwaltungsrechtliche Natur des Polizeidelikts und ignoriert, daß nach der hier dargestellten gegenwärtigen Rechtslage und ganz besonders im Geiste unserer Verfassungsgesetzgebung die Polizeidelikte nach andern Maßstäben gemessen werden wollen, als sie das Strafgesetz dem Richter für die Beurteilung der Rechtsdelikte an die Hand gibt. Unausbleiblich war es daher, daß durch diesen Vorgang, die Ausübung der Polizeistrafgewalt in rein strafrechtliche Schemen zu zwängen,

---

[278]) S. auch Grünwald a. a. O. S. 99 f. und letzthin Abg. Freih. v. Hock in der 28. Sitzung d. XIX. Sess. des Haus. der Abgeordn. v. 15. Juni 1909 (Stenogr. Prot. S. 1638). — Freilich wird bei der weiteren gesetzlichen Ausgestaltung des Polizeistrafrechts zu erwägen sein, ob die dem geltenden österr. Rechte eigentümliche Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit auf den Schutz der verletzten individuellen Rechtssphäre die Eingliederung in ein den theoretischen Anforderungen anzupassendes System des Polizeistrafrechts gestattet, zumal wir einer vollständigen Organisation der Verwaltungsrechtspflege von unten herauf entbehren, und der Verwaltungsgerichtshof in seiner Singularität und aparten Stellung als Kassationsinstanz ohne jeden Unterbau selbständiger verwaltungsgerichtlicher Instanzen ganz außerhalb des Organismus der Verwaltung steht und gewissermaßen nur in der Luft schwebt. Vgl. dazu im übrigen Schultzenstein, Über Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv, XI., S. 149 ff., wo diese Bedenken in einer auch gegenüber dem österr. Rechtssystem zutreffenden Darstellung eingehend klargelegt werden, besonders aber Ferd. Schmid a. a. O. S. 458 ff. — Einige neue Gesichtspunkte zur vermeintlichen Beseitigung dieser Mängel finden sich bereits in den „Studien", insofern sie eine durchgreifende Organisation des gesamten Verwaltungsorganismus im Wege einer gründlichen Umgestaltung unsrer staatlichen und autonomen Verwaltungseinrichtungen ins Auge fassen. Doch handelt es sich ihnen sonderbarer Weise nur um eine Organisation „nach Art der Verwaltungsgerichtsbarkeit". Ja in erster Instanz soll auch fernerhin der Vorsteher der polit. Bezirksbehörde, in Statutarstädten aber der Vorsitzende des neu zu schaffenden Bezirksverwaltungsgerichts und innerhalb des Wirkungskreises der landesfürstlichen Polizeibehörden der Vorsteher der Bezirkspolizeibehörde entscheiden (S. 32 f.). — Auf die Schwächen dieses Systems einzugehen, ist hier nicht der Ort. Vgl. dazu v. Herrnritt, Die geplante Reform der inneren Verwaltung Österreichs, Österreichisches Verwaltungsarchiv, IV. 1907, S. 289 ff.



Grundsätze des peinlichen Strafrechts zum unkenntlichen Zerrbild verunstaltet wurden.[279]) Wie praktisch unerträglich und logisch unhaltbar aber dieser Standpunkt ist, rein strafrechtliche Prinzipien in das Gebiet des Polizeistrafrechts kritiklos zu transponieren und der Ausübung der Polizeistrafgewalt die Formen der Strafrechtspflege aufzunötigen,[280]) mag vielleicht schon ein einziges Beispiel illustrieren.

Seit Gierkes Genossenschaftsrecht bildet die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen ein stehendes Stück in dem Programm der von der Wissenschaft angestrebten Reformen, und es ist daher trotz allen „Bedenken romanistischer Herkunft" kaum anzunehmen, daß sich die Gesetzgebung diesem Postulat auf die Dauer wird entziehen können.[281]) Gleichwohl hat das Ministerium des Innern ganz im Gegensatz zu diesen theoretisch gestellten Forderungen es für gut befunden, die Deliktsunfähigkeit der Körperschaften für das Gebiet des Polizeistrafrechts schlechthin als leitenden Grundsatz aufzustellen,[282]) also gerade für ein Gebiet, das wegen seines unzertrennlichen Zusammenhangs mit Wirtschaft und Kulturpflege niemals ohne Schaden auf die Anerkennung der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen verzichten kann, und gegenüber dem auch der Widerstand der hartnäckigsten Verfechter des Satzes: societas delinquere non potest brechen muß.[283])

Doch muß zugestanden werden, daß diese experimentale Anlehnung an das gemeine Strafrecht noch eher entschuldbar ist, als wenn die höchsten Verwaltungsstellen es unternehmen, im auffallenden Widerstreit mit von einmütiger Ansicht getragenen wissenschaftlichen und im kriminellen Gebiet bewährten Prinzipien in die bestehende Polizeistrafpraxis

---

[279]) S. v. Stein Handbuch I. S. 225: „Ein einfaches Hineinstellen des Polizeistrafrechts und Verfahrens in ein bürgerliches Strafrecht ist daher an und für sich falsch. Hier liegt ein ganz selbständiges Gebiet vor, das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts, das noch erst seiner Grundlage und seines Verständnisses bedarf. Und Beides nun ergibt sich durchaus nicht aus dem Begriffe von Recht und Strafe, sondern wie oben gesagt, erst durch die Verbindung beider mit den großen Gebieten der Polizeiverwaltung, die wir bezeichnet haben"; Glaser Handbuch I. S. 286 f.

[280]) Dabei gilt es, insbesondere zu erwägen, daß die geltende StPO. v. 1873 von Prinzipien beherrscht wird, welche grundwesentlich verschieden sind von den in der StPO. von 1853 aufgestellten, die gegolten hat, als jene Verordnungen erlassen wurden, die das Polizeiverfahren noch in der Gegenwart regeln.

[281]) S. v. Liszt Lehrbuch S. 122 f. und die dort zit. Literatur; für das Polizei- bezw. Verwaltungsstrafrecht vornehmlich Kohler, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, I., S. 331, Goldschmidt Mitteilungen XII. S. 218, 239. — Insbesondere ist es auch die wesentlich gleichwertige Funktion der Polizeistrafe mit der Zwangsstrafe (s. oben S. 78 f.), die für die prinzipielle Zulässigkeit der Verhängung der Polizeistrafe gegen jurist. Personen spricht. S. für das Zwangstrafrecht Isaac. a. a. O. S. 648 ff.

[282]) E. v. 29. Januar 1876 Z. 18 438, v. 28. Februar 1875 Z. 1626, wo ein Straferkenntnis aus dem Grunde behoben wurde, weil darin die fürstlich T.-sche Rentkammer und nicht eine physische Person verurteilt worden war. (S. Österr. Ztschr. f. Verwalt., 1876, S. 43 bzw. 1875, S. 68); s. ferner die bei Lienbacher, Sammlung oberstbehördlicher Entscheidungen in Polizeistrafsachen, S. 23 zit. E. d. Staatsmin. v. 29. Oktober 1864 Z. 17 477, 16. Mai 1863 Z. 17 499, 18. April 1864 Z. 23 447 (hier mit der Begründung, daß „ein strafgerichtliches Erkenntnis weder gegen eine Gemeinde als moralische Person, noch gegen deren Bevollmächtigte (?) gerichtet sein kann"). Ein entgegengesetztes Erk. d. Min. d. Inn. finden wir ebendort S. 25.

[283]) Vgl. u. a. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 259 f.

ganz absonderliche, diese beirrende Maximen hineinzutragen und die bereits bestehenden Unförmlichkeiten und Ungehörigkeiten des herrschenden Rechtszustands mit dem Stempel der Vollendung zu besiegeln. Nur beispielsweise sei hier auf den durch E. d. Min. d. Inn. v. 26. Oktober 1873 Z. 16 597 aufgestellten Grundsatz der Unzulässigkeit des Kontumazialverfahrens in Polizeistrafsachen[284]) hingewiesen. Bedeutet es schon einen ganz tiefgreifenden Übelstand, daß in diesem Gebiet das Mandatsverfahren grundsätzlich noch keinen Raum gewonnen hat,[285]) obwohl es doch sogar für die Gerichte gilt (§§ 460—462 StPO.) und nach unbestrittener Anschauung gegenüber Polizeidelikten sich im höchsten Maße als empfehlenswert erweist,[286]) — für diese die Schwerfälligkeit des Verfahrens nur fördernde Abwegigkeit fehlt jede rationelle Begründung.[287]) Umso befremdlicher muß es wirken, daß Grundsätze dieser Art gerade in einem Zeitpunkt autoritativen Ausdruck gefunden haben, in dem sich die Völker Österreichs eines der großzügigsten gesetzgeberischen Werke, der den verfassungsstaatlichen Garantieforderungen im weitesten Maße Rechnung tragenden Strafprozeßordnung v. 1873 zu erfreuen das erste Mal Gelegenheit hatten, die es ebensowenig wie die Prozeßordnungen anderer Kulturstaaten als mit rechtsstaatlichen Ideen unvereinbar erachtet hat, ein Verfahren in Abwesenheit des Beschuldigten zuzulassen.[288])

Lienbachers — freilich nur bis zum Jahre 1880 reichende — „Sammlung oberstbehördlicher Entscheidungen in Polizeistrafsachen" ist geeignet, uns allen Zweifel darüber zu benehmen, daß mit den hier angeführten Beispielen noch lange nicht alle Mißgriffe klargelegt worden sind, die der höchsten Verwaltungsstelle in ihrem allerdings natürlichen Streben, sich dieser verkümmerten, von Gesetzgebung und Wissenschaft arg vernachlässigten Disziplin anzunehmen, zur Last fallen.[289])

---

[284]) So offenbar auch Žolger a. a. O. S. 232. — S. ferner auch E. d. M. d. I. v. 1. April 1876 Z. 2396 (zit. in Mayrhofers Handb. f. d. polit. Verwaltungsdienst, 5. Aufl. I. S. 404 Anm. 1) und Erl. d. niederösterr. Statthalterei v. 12. Januar 1869 Z. 316 (zit. bei Prucha a. a. O. S. 523).

[285]) Ausnahmen: § 147a Gewerbe-Ordn., § 70 d. Ges. v. 6. August 1909 Nr. 177 RGBl. betreffend die Abwehr und Tilgung von Tierseuchen.

[286]) S. f. d. österr. Recht u. a. die in der Wiener Jurist. Gesellschaft zur Frage der Reform der innern Verwaltung gehaltenen Vorträge Bernatziks, der Frh. v. Hock und v. Schenk (Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1905, Nr. 6, 9, 11). — Es charakterisiert aber die anarchischen Zustände in der Polizeistrafpraxis vortrefflich, wenn den politischen Behörden nachgesagt wird, daß sie auch jetzt schon das Mandatsverfahren ohne gesetzliche Zulassung mitunter anwenden. (S. Frh. v. Benz, Österr. Ztschr. f. Verw., 1895, Nr. 40).

[287]) Ihre Wurzel hat sie in der Naturrechtslehre, die den Satz, daß niemand ungehört zu einer Strafe verurteilt werden dürfe, als ein für die Strafgewaltübung verbindliches Prinzip aufstellte. S. v. Egger, Das natürliche öffentliche Recht nach den Lehrsätzen des seligen Frh. C. A. v. Martini vom Staatsrechte mit beständiger Rücksicht auf das natürliche Privat-Recht des k. k. Hofrathes Franz Edl. v. Zeiller, I. 2. Aufl. 1840, S. 107, auch Justizhofdekr. v. 24. Oktober 1845, Nr. 906 JGS.

[288]) Dabei kann nicht entgehen, daß die Beobachtung jenes Grundsatzes auf dem Gebiet des Polizeistrafrechts umso absurder wirkt, als der Delinquent nach der ganzen Anlage des Verfahrens nur als Objekt der Untersuchung erscheint und seine Stellung von der rechtlichen Anerkennung seiner Parteiqualität noch weit entfernt ist.

[289]) Die prinzipielle Unverbindlichkeit dieser bloß als instruktionell aufzufassenden Prinzipien liegt klar zutage, wenn man sich vor Augen hält, daß die Feststellung der Grundsätze des materiellen und formellen Polizeistrafrechts durch die Verfassungsgesetzgebung dem Gesetzgebungsweg vorbehalten ist. Doch kann es angesichts der Macht der traditionellen Wirksamkeit solcher

Aber auch die Theorie sucht vereinzelt, in der Erkenntnis, daß der heutige Rechtszustand vor dem rechtsstaatlich geläuterten Zeitalter nicht mehr zu bestehen vermag, für das Polizeistrafrecht nach einem ebenbürtigen Anschluß, als dessen geeignetstes Objekt immer wieder das gemeine Strafrecht hervorgeholt wird;[290]) jedoch nur mit geringem Erfolg, obwohl freilich zugestanden werden muß, daß die lex ferenda leichtes Spiel haben wird, auf diesen jungfräulichen Boden die der Eigenart des Polizeidelikts anzupassende strafrechtliche Begriffstechnik zu verpflanzen.[291])

So hat es Brockhausen[292]) unternommen, die Strafpflicht der politischen Behörden nachzuweisen.[293]) Dieser Versuch wurzelt in der Anschauung Brockhausens, daß sich die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bei Verhängung der Polizeistrafen genau in den gleichen logischen Formen abwickle, wie jene der Gerichte bei Ausübung ihrer Straftätigkeit.

Schon unsre auf die gegenwärtige Rechtslage basierte gegensätzliche Auffassung der Polizeistrafgewaltübung macht die prinzipielle Ablehnung des B.'schen Standpunkts begreiflich. Wir finden uns darin aber auch durch die Wahrnehmung der geschichtlichen Tatsache bestärkt, daß das Legalitätsprinzip, wenn es auch das innerlich allein begründete ist, niemals als etwas Selbstverständliches galt.[294]) Dessen Anerkennung für das Polizeistrafrecht müßte in einem Rechtssatz ausdrücklich ausgesprochen sein.[295])

---

oberstbehördlicher Erkenntnisse nicht gleichgültig sein, wenn auf diese Weise das allerdings rechtlich erst zu gestaltende Interesse der Staatsbürger an einer mit der Rechtsstaatsidee im Einklang stehenden Geschäftserledigung so ganz ignoriert wird. — Dabei begegnen uns Erkenntnisse, die sich über prinzipielle Fragen in ganz diametral entgegengesetztem Sinne aussprechen. Eine wertvolle Auslese davon — allerdings nur aus älterer Zeit — findet sich in Lienbachers Sammlung oberstbehördlicher Entscheidungen in Polizeistrafsachen. — Auch hier sind es die „Studien" S. 19, denen wir eine ganz unverblümte Charakterisierung des herrschenden Rechtszustands verdanken: „Bei dem Mangel ausreichender Verfahrensvorschriften hat sich auf dem Gebiete des administrativen Prozesses eine Art von Juristenrecht herausgebildet, das aus allgemeinen Rechtsbetrachtungen hergeleitet ist und in weit hergeholten Analogien sein bestes Auskunftsmittel findet.

Man kann über das Juristenrecht als Rechtsquelle im modernen Rechtsstaate verschiedener Anschauung sein; da dieses Recht aber bei uns durch die grundlegenden Gesetze ausgeschlossen ist, muß der Bestand eines solchen Rechtes als eine Rechtswidrigkeit empfunden werden. Dazu kommt, daß die für das Prozeßverfahren in den einzelnen Erkenntnissen aufgestellten Grundsätze auf ungleichmäßigen und zum Teile unzuverlässigen Raisonnements beruhen."

[290]) Auf den unwissenschaftlichen Versuch Lienbachers, in seinem „Polizeistrafrecht" die grundsätzlichen Lehren des allgemeinen Strafrechts als in ihrer Rohform übertragbar heranzuziehen, kann an diesem Orte nicht weiter eingegangen werden. — Sehr weit geht hierin auch Ulbrich „Polizei- und Polizeistrafrecht" a. a. O. S. 817.

[291]) Vgl. Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, Deutsche Juristenzeitung, 1902, S. 214.

[292]) Verwaltungsrechtl. und verwaltungspolit. Essays S. 23 ff. (auch Grünhuts Ztschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht, XXV., S. 585 ff.).

[293]) Diesen Nachweis sieht als erbracht an Hauke a. a. O. S. 115.

[294]) S. Binding Handbuch I. S. 191, Thoma a. a. O. S. 87.

[295]) In der Mißachtung dieser Grundforderung liegt die Hauptschwäche des B.-schen Standpunkts. B. verlangt nämlich den Nachweis für die Ausschließung der Strafpflicht in Polizeistrafsachen. Und weil er einen solchen nicht als erbringlich erachtet, soll sich das Legalitätsprinzip schlechthin als

Außerdem wird kaum an der elementaren Wahrheit gerüttelt werden können, daß jedes Gebiet geistiger Tätigkeit, solange als sich nicht präzise Normen seiner bemächtigen, der Tummelplatz des freien, diskretionären Ermessens ist. Und in gleichem Maße gilt dies von der ehemals ganz ungebundenen Verwaltung, deren Freiheitssphäre sich insoweit vollkommen erhalten hat, als sie nicht durch das objektive Recht besonders beschränkt wird. Auf die Kategorie der Strafpflege übertragen, bedeutet aber Freiheit des Ermessens das gerade Widerspiel des Legalitätsprinzips, das, in der absoluten Gerechtigkeitsidee wurzelnd, die Verfolgung bezw. Bestrafung jeder verpönten Handlung ohne Rücksicht auf das etwa widerstreitende öffentliche Interesse gebietet.[296]) Dem freien, selbst pflichtmäßigen Ermessen entspricht also allein das Opportunitätsprinzip, das die Verfolgung und Ahndung nur dort heischt, wo das öffentliche Interesse sie nicht verbietet.

Zur Vertretung der öffentlichen Interessen und ihrer Geltendmachung gegenüber den Staatsbürgern ist aber die Verwaltung in erster Linie berufen, sie ist hier der Interessent κατ᾽ ἐξοχήν und deshalb gelten ihre Organe, die Verwaltungsbehörden, in dieser Beziehung als „Sachverständige"[297]) in vorzüglichstem Sinne, und das Verwaltungsverfahren grundsätzlich als von Zweckmäßigkeitsrücksichten beherrscht. Und was für die Verwaltung, diese in ihrer Totalität genommen, recht ist, kann für die strafende Polizei nicht unbillig sein, die stets zu erwägen haben wird, ob die als Tätigkeitsform der Polizeigewalt erscheinende und inso-

---

leitender Grundsatz des Polizeistrafrechts behaupten. Allein gegen diese Schlußfolgerung erheben sich ganz gewichtige Bedenken. Denn selbst alle logisch zwingenden Gründe und Utilitätsrücksichten, die etwa zu Gunsten der Praktikabilität des Legalitätsprinzips auf dem Gebiet des Polizeistrafrechts angeführt werden können, und an denen es in der B.-schen Darstellung gewiß nicht fehlt, vermögen nicht die auch von B. anerkannte Tatsache zu beseitigen, daß neben jenen zahlreichen Bestimmungen, durch welche die Behörden keineswegs bloß ermächtigt, sondern strikt aufgefordert werden, ihre Strafgewalt zu betätigen, eine wenn auch kleinere Gruppe von Polizeivorschriften besteht, die nicht anders denn als reine Ermächtigungsdekrete aufzufassen sind, oder aus denen zum mindesten nicht zu entnehmen ist, ob die Strafe als absolut eintretende Folge angedroht ist. Mit der Erkenntnis dieser Lücken des vermeintlichen Prinzips schwindet aber vollends dessen Denknotwendigkeit, wie wir auch sonst bei B. die strenge Sonderung der Gesichtspunkte de lege lata und ferenda vermissen, so daß man am Schlusse der im Einzelnen gleichwohl gelungenen Ausführungen B.'s vor der ungelösten Frage steht, ob es sich bei ihnen nur um die Verfechtung eines Postulats oder um den Nachweis eines Grundsatzes des geltenden Rechtes handle. — Aber vollends muß die B.'sche Argumentation an der geschichtlichen Realität scheitern, daß die Geltung des Legalitätsprinzips dem Polizeistaat, der sich regelmäßig mit der Anordnung der Bestrafung „nach Umständen" begnügte (s. Barth-Barthenheim a. a. O. passim), völlig fremd geblieben ist, indem die Möglichkeit des jederzeitigen persönlichen Eingreifens des Herrschers der gesamten staatlichen Tätigkeit einen unverkennbar opportunistischen Zug aufprägte, und daß die ungezählte Menge von Polizeistrafvorschriften, die aus jenem Zeitalter herüberragen, nicht in anderm als demjenigen Sinne aufgefaßt werden können, den ihnen die Entstehungszeit aufgeprägt hat. Denn dazu fehlt uns jede rechtliche Handhabe. — Gegen die von Brockhausen vertretene Imperativtheorie vgl. im übrigen die geistvollen Ausführungen Bindings (Normen I. S. 19, Handbuch I. S. 189).

[296]) Wir geben dabei dem Begriff des Legalitätsprinzips jene weitere, in der ältern Epoche des Inquisitionsprozesses wurzelnde Bedeutung, in der es als mit der für das Organ der Strafpflege bestandenen Pflicht zur Strafverfolgung und Fällung des Straferkenntnisses zusammenfallend gedacht wurde.

[297]) Bernatzik a. a. O. S. 43.

fern als Verwaltungsmaßregel gedachte Polizeistrafe im einzelnen Falle nicht durch das öffentliche Interesse verboten erscheint.[298])

Denn während die Bedingungen des Bestandes der Rechtsordnung einen gewissen Grad von Stabilität an sich tragen, und auch der Inhalt der allgemeinen Überzeugungen innerhalb der Rechtsordnung dem Wechsel nur in einem geringen Maße unterworfen ist, kann es nicht verborgen bleiben, daß, was heute oder an dem einen Orte den Charakter des Polizeiwidrigen an sich trägt, schon morgen oder an einem andern Orte als Lebensäußerung des besten, polizeimäßigen Bürgers angesehen werden kann, so daß gegenüber diesen nach Ort und Zeit wandelbaren Verhältnissen auch ein verändertes Vorgehen der Polizeibehörden geboten sein mag.

Die zuverlässigste Stütze findet das hier für das geltende Polizeistrafrecht vertretene Opportunitätsprinzip in der oben erwähnten Min. Verordn. v. 1868, die den politischen Behörden die Freiheit der Entschließung selbst nach Verhängung der Polizeistrafe gewährleistet. Die ihnen ohne Präzisierung der zulässigen Rücksichten vorbehaltene Möglichkeit, an Stelle der bereits verfügten Ahndung schlechthin Straflosigkeit eintreten zu lassen,[299]) spricht deutlich genug dafür, daß die Strafpflicht der politischen Behörden dem geltenden Rechtszustand fremd ist. Denn darin ist das Anerkenntnis gelegen, daß nur faktische Verhältnisse, die aus den Gesichtspunkten der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu beurteilen sind, nicht aber Rechtsgrundsätze darüber entscheiden, ob die strafberechtigte Verwaltung von dem ihr zur Verfügung gestellten Machtmittel Gebrauch machen soll oder nicht.[300]) Und steht einmal den Verwaltungsbehörden das Recht zu, die bereits verhängte Strafe unvollstreckt zu lassen, so kann ihnen doch noch viel weniger die Macht aberkannt werden, soweit es sich um das öffentliche Interesse handelt, von der Verfolgung eines Polizeidelikts vollends Umgang zu nehmen. Und wenn es noch eines zwingenderen Beweises bedarf, so sei auf jenes noch in unbestreitbarer Geltung stehende Hofdekret v. 7. Jänner 1813 Nr. 1022 JGS. verwiesen, das jede Gesetzesübertretung für strafbar erklärt, indem sie wenigstens arbiträre Strafe nach sich ziehen kann.[301])

Ob freilich das uneingeschränkte Opportunitätsprinzip de lege ferenda nicht gewisse Kautelen erheischt, die die ausschließliche Berücksichtigung des wahren öffentlichen Interesses verbürgen und das Walten von Laune und Willkür und die tendenziöse Verfolgung selbstsüchtiger, das gemeine Wohl nicht bedingender Zwecke unmöglich machen, ist eine andre Frage, der in dieser auf die Darstellung der Grundzüge des geltenden

---

[298]) Treffend Bernatzik a. a. O. S. 41: „Der staatliche Funktionär, welcher weiß, daß eine Maßregel den öffentlichen Interessen zuwiderläuft, und sie dennoch ergreift, begeht eine Pflichtverletzung, wie sie sich wohl nicht bestreiten läßt.“ S. ferner O. Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, S. 184.

[299]) Nur darauf bezw. auf Herabsetzung der Strafe kann nämlich der Rekurs bei der gegenwärtigen Gestaltung des Verfahrens gerichtet sein.

[300]) S. auch Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 446. — Im übrigen ist auf den Erl. d. Min. d. Inn. v. 26. Juli 1873 Z. 6852 (zit. bei Prucha a. a. O. S. 508) zu verweisen, wo ausgesprochen ist, daß auch die Androhung einer Bestrafung den Inhalt eines Polizeistraferkenntnisses bilden könne. Darin ist offenbar die Negierung der Strafpflicht gelegen, da unseres Wissens die Androhung offiziell nirgends als Polizeistrafmittel anerkannt ist.

[301]) S. darüber noch unten S. 116.



Polizeistrafrechts beschränkten Untersuchung nicht näher getreten werden kann.[302])

Wir können uns jedoch nicht versagen, schon an diesem Orte gegenüber Brockhausen festzustellen, daß ungeachtet aller Meinungsverschiedenheit über das Wesen des Polizeidelikts der einmütige Reformgedanke auf die wesentliche Milderung des Legalitätsprinzips in Polizeistrafsachen für seinen Geltungsbereich abzielt.[303]) In dieser Richtung ist vor allem auf das eifrige Bemühen der Int. Krim. Vereinig. und ganz besonders der deutschen Gruppe zu verweisen, in deren Beratungen über die als dringendstes Bedürfnis empfundene besondre Behandlung der Polizeidelikte in Gesetzgebung und Praxis eine reiche Saat für eine Fülle fruchtbarer Reformmaßnahmen gegeben ist.[304]) So hat dort Frank dem allgemein abweisenden Standpunkt gegenüber der einschlägigen Frage drastischen Ausdruck verliehen, indem er dem herrschenden Rechtszustand des Deutschen Reiches die trefflichen Worte widmet: „Alle Behörden der Strafverfolgung sind verpflichtet, einzuschreiten, mag es sich auch um die lumpigste Bagatelle handeln."

---

[302]) Eine erschöpfende Behandlung dieser Frage bleibt einer folgenden Untersuchung vorbehalten. — Im übrigen sei hier erinnert, daß selbst der Standpunkt der geltenden StPO. v. 1873 für das kriminelle Verfahren u. E. nicht anders als im Sinne des durch das öffentliche Interesse bestimmten Opportunitätsprinzips aufzufassen ist. Als Organ der Verwaltung vertritt die in diesem Sinne als Justiz-Administrativbehörde organisierte Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse. Die maßgebende Bestimmung (§ 30) lautet: „Die Mitglieder der Staatsanwaltschaft haben in dem ihnen zugewiesenen Wirkungskreise das Interesse des Staates zu wahren." In diesem Sinne wird auch der prima facie für das Legalitätsprinzip sprechende § 34 StPO. aufzufassen sein. Vgl. auch Vargha, Das Strafprozeßrecht (Kompendien des österr. Rechts), 1885, S. 132, Janka, Staatliches Klagmonopol, Erlangen 1879, S. 33 ff.; besonders aber Glaser, Das Prinzip der Strafverfolgung, Gesammelte kleinere Schriften, I., S. 443 f.: „Ist der Staatsanwalt, wie ja allseitig zugestanden wird, der Wahrer des öffentlichen, des staatlichen Interesses an der Verfolgung der Verbrechen, so ist er auch der naturgemäße Träger der Opportunitätsfrage." Schlagend auch S. 455: „ja, wenn es sich um Wahrung der Legalität und nur darum handelt, so ist schwer zu erklären, warum das Geschäft einem Administrativbeamten übertragen, warum es nicht einer bloß vom Gesetz abhängigen, einer richterlichen Person, etwa einem von dem Untersuchungsrichter verschiedenen Mitgliede des Gerichts zugewiesen wurde?" — Ganz wesentlich fällt aber zu Gunsten unsrer Auffassung von dem das Legalitätsprinzip ablehnenden Standpunkt des österr. Strafprozeßrechts noch ins Gewicht, daß die gesetzliche Anerkennung der konkurrierenden Anklagebefugnis des Privatbeteiligten (§ 48 StPO.) das Zugeständnis der Möglichkeit einer Vernachlässigung des öffentlichen Interesses durch dessen Organ, die Staatsanwaltschaft involviert, deren Korrektur durch das Gericht eben dem Subsidiarankläger überlassen werden soll; s. ferner den mit dem Institut des sg. objektiven Verfahrens sich beschäftigenden § 493 StPO., wo das öffentliche Interesse ausdrücklich als entscheidend für die Wahl der Maßnahmen durch die Anklagebehörde bezeichneet wird. — A. M. Lammasch Grundriß S. 11, Stooss, Staatsanwalt und Legalitätsprinzip, Österr. Richter-Zeitung, 1905, S. 395, Rulf, Der österreichische Strafprozeß, 3. Aufl., S. 69.

[303]) Von Goldschmidt Mitteilungen XII. S. 240 erfahren wir sogar, daß im Deutschen Reiche „einfach die Praxis für die Ausübung des Verwaltungsstrafrechts anstelle des gesetzlichen Legalitätsprinzips das Opportunitätsprinzip untergeschoben hat." Ebenso Friedel, Die polizeiliche Strafverfügung, 1905, S. 5; vergl. auch Goldschmidt, Strafen, Vergl. Darst. d. dtsch. u. ausl. Strafrechts, Allg. Teil, IV., S. 33 Anm 3, ferner Glaser Handbuch I. S. 219 Anm. 7, Ferd. Schmid a. a. O. S. 455.

[304]) S. Kitzinger, Die Intern. Kriminalist. Vereinigung, 1905, S. 31 ff.

Für das geltende Recht wird jedenfalls nach dem Bisherigen daran festzuhalten sein, daß die Strafpflicht der politischen Behörden nur insoweit begründet ist, als für sie überhaupt die amtliche Pflicht besteht, die zur bestmöglichen Erfüllung ihrer Aufgaben dienlichen Machtmittel im einzelnen Falle zur Anwendung zu bringen.

§ 10. Das Verhältnis zwischen Polizeidelikt und Justizdelikt im österr. Recht.

Der Begriff des „polizeiwidrigen Verhaltens" war für uns oben im wesentlichen bestimmt als „Ordnungswidrigkeit", als Verstoß gegen die allgemeine polizeiliche Pflicht, sich polizeimäßig zu verhalten, „nicht störend in die gute Ordnung des Gemeinwesens einzugreifen" (O. Mayer). Als hervorstechendstes Merkmal ist uns hiebei die Öffentlichkeit entgegengetreten.

Es erhebt sich nun die Frage, in welchem Verhältnis das Polizeidelikt zum Justizdelikt steht. Schon oben haben wir die Einsicht gewonnen, daß die Kategorie der Subsidiarität auf dieses Verhältnis keine Anwendung leidet, und deshalb regelmäßig Deliktskonkurrenz anzunehmen ist. Für den Fall des realen Zusammentreffens von Verbrechen und Polizeidelikt erledigt sich daher die Frage von selbst, indem schon die Verschiedenheit der Kompetenz, die sich darin äußert, daß die Polizeidelikte — von den im StGB. angeführten abgesehen — der Ahndung durch die politischen Behörden, die Rechtsdelikte dagegen der Judikatur der Gerichte unterliegen, von vornherein die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Bestimmungen gegenüber den Polizeidelikten ausschließt. Hier kann es nicht länger einem Zweifel unterliegen, daß gerichtliche und polizeiliche Strafe ganz unabhängig von einander eintreten.

Interessant und äußerst wertvoll als Bestätigung der verwaltungsrechtlichen Auffassung des Polizeidelikts ist es aber, daß § 11 durch die mit der prozessualen Selbständigkeit des Polizeistrafrechts im Einklang stehende Anerkennung des Koexistenzialverhältnisses zwischen gerichtlicher und polizeilicher Strafe und somit der Disparität der beiden Willensträger, d. i. des allgemeinen Rechtswillens und des besondern Verwaltungswillens die Annahme ideeller Konkurrenz zwischen Justiz- und Polizeidelikt in den Bereich rechtlicher Zulässigkeit erhebt.

Damit ist aber, wie bereits oben erwähnt, der Verwaltungscharakter des Polizeidelikts und die Sondernatur des Polizeistrafrechts gegenüber dem Justizstrafrecht seinem ganzen Umfang nach zweifellos entschieden. Es liegt darin das offenbar auf Gegensätze des innern Gehalts basierte Anerkenntnis, daß das eine Verhalten verschiedene Deliktsindividuen erzeugen kann, sofern es sich auf der einen Seite als Rechtsgüterbeeinträchtigung und insoweit als Rechtsdelikt, auf der andern Seite als Polizeiwidrigkeit, Verletzung des spezifischen Verwaltungsinteresses und insoweit als reines Polizeidelikt manifestiert.

Freilich wird sich die in Frage stehende Kausalität, aus den Gesichtswinkeln des Rechts- und Polizeidelikts betrachtet, nicht aus ganz identischen Bedingungen zusammensetzen dürfen. Wir haben uns vielmehr das Verhältnis so zu denken, daß das an sich polizeiwidrige Verhalten durch das Hinzutreten strafgesetzlicher Kriterien den Tatbestand eines Kriminaldelikts konkretisiert, oder daß das vorliegende Kriminaldelikt zugleich die Merkmale des polizeiwidrigen Verhaltens an sich trägt.

Wohl kann jede Straftat nach O. Mayers Vorgang[305]) zugleich als eine Störung der guten Ordnung, welche die Polizei abzuwenden berufen ist, aufgefaßt werden. Es ist daher an sich gegen diese scheinbare Grenzverrückung nichts zu erinnern. Doch ist dabei eins festzuhalten. Die Tätigkeit der Polizei läuft hier nur darauf hinaus, die Kriminaljustiz bei der Verfolgung von Verbrechen zu unterstützen, sie wirkt insofern als gerichtliche Polizei. Ihre Funktion als strafende Polizei wird erst wirksam, wenn die konkrete Rechtsgutsbeeinträchtigung sich öffentlich abspielt. Körperliche Beschädigung — z. B. — ist an sich Rechts (Justiz-) delikt (§§ 152 ff. StGB.); geht sie aber öffentlich vor sich, so wird sie dadurch auch zur „Polizeiwidrigkeit", weil hierin nicht nur eine quantitative Erweiterung, sondern zugleich auch eine qualitative Veränderung des deliktischen Tatbestands begründet ist, und unterliegt als solche der polizeilichen Ahndung, die neben der gerichtlichen Bestrafung Platz greift.[306])

Auf logische Kategorien zurückgeführt, stellt sich die hier dargelegte Beziehung zwischen dem Begriffsumfang des Rechts- und Polizeidelikts als die der Umfangskreuzung dar. Das ihnen gemeinschaftliche Stück fällt mit der öffentlichen Rechtsgüterbeeinträchtigung zusammen.

Mit aller Deutlichkeit tritt uns im Lichte dieser Erkenntnis die Bewährung eines von dem Justizstrafrecht verschiedenen Strafrechts im subjektiven Sinne und damit die innere Selbständigkeit des Polizeistrafrechts im objektiven Sinne entgegen. Unbestreitbare Geltung erlangt der Satz, daß nach österr. Recht das Justizdelikt nicht nur materiell und genetisch, sondern auch formell und dogmatisch zugleich Polizeiwidrigkeit sein kann.[307])

Nicht wesentlich anders gestaltet sich das Verhältnis unsrer „Polizeiwidrigkeit" zu den im 5. bezw. 13. Hauptstück des II. Teiles des allgem. Strafges. dargestellten Vergehen und Übertretungen gegen die öffentliche Ruhe und Ordnung bezw. gegen die öffentliche Sittlichkeit (§§ 278—310, 500—525). Denn auch für das österr. Recht erhält Goldschmidts[308]) scharfsinnige Unterscheidung zwischen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als zu strafrechtlich geschützten erhobenen Rechtsgütern und als Fürsorgeobjekte der Verwaltung ihre tiefgreifende Bedeutung,[309]) obwohl freilich dieser Unterschied dadurch bisweilen verdunkelt wird, daß — wie

---

[305]) Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 255.

[306]) De lege ferenda wird freilich zu erwägen sein, ob diese radikale Folgerung aus der generischen Verschiedenheit der beiden Deliktsarten aufrecht zu erhalten ist. Auch auf diese Frage wird jedoch erst in einem andern Zusammenhang einzugehen sein. — Darüber, daß dieser Gedanke in der ältern, auf der Naturrechtslehre aufgebauten Polizeiwissenschaft seine Wurzel hat, belehrt uns Jung a. a. O. S. 87: „Die Polizei hat ein vollkommenes Recht, jedes Unrecht zu strafen."

[307]) S. Goldschmidt, Festgabe für Koch, S. 433, ferner ders., Materielles Justizrecht, S. 49 Anm. 238.

[308]) S. Verwaltungsstrafrecht S. 468, 479, 536, ferner ders, Archiv f. Strafr., XLIX., S. 81.

[309]) Diese Differenzierung erweist sich gegenüber dem geltenden StG. als umso notwendiger, als dessen Dogmatik und Terminologie so wenig miteinander harmonieren, daß darin unter dem Gesichtswinkel der öffentlichen Sittlichkeit im überwiegenden Maße Delikte Aufnahme gefunden haben, die mit der öffentlichen Sittlichkeit an sich nichts zu schaffen haben (z. B. Unzucht zwischen Verwandten oder Verschwägerten (§ 501), Ehebruch (§ 502), Entehrung einer minderjährigen Anverwandten durch einen Hausgenossen (§ 504), Unzucht einer dienenden Frauensperson mit einem minderjährigen im Hause lebenden Sohne oder Anverwandten (§ 505).

schon oben dargelegt wurde — aus historischen, auf Zweckmäßigkeitsrücksichten zurückzuführenden Gründen auch Tatbestände von rein polizeilichem Charakter in das StGB. Aufnahme gefunden haben.

Wenn wir nun recht sehen, so ergibt sich Folgendes. Liegt nur einheitliche Tatbestandlichkeit in dem Sinne vor, daß das Justizdelikt durch kein Tatbestandsmerkmal über die Polizeiwidrigkeit hinausragt, ist also sog. objektive Identität gegeben, — eine Erscheinung, die am häufigsten im Falle des § 516 StGB. (Gröbliches und öffentliches Ärgernis verursachende Verletzung der Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit) begegnen wird — dann wird eben im Zweifel keine kriminelle Rechtsgutsbeeinträchtigung anzunehmen sein, und der Grundsatz: ne bis in idem zu seinem Rechte kommen,[310]) wobei unter dem Wort „idem" naturgemäß der zur Aburteilung gelangende Tatbestand zu verstehen ist. Folgerichtig muß dann eine Strafe weichen. Allerdings nicht die gerichtliche, weil es dem Richter angesichts des das Justizverfahren beherrschenden Anklageprinzips an der gesetzlichen Handhabe (s. § 259 StPO.) fehlt, mit dem Freispruche vorzugehen, wohl aber die polizeiliche, indem der aus dem Polizeistrafverfahren nicht abzuweisende, weil rechtlich nicht ausgeschlossene Gesichtspunkt der Billigkeit und Zweckmäßigkeit es den politischen Behörden kraft ihrer diskretionären Gewalt möglich machen wird, ihre Ahndung ganz zurücktreten zu lassen. In diesem Falle absorbiert also die gerichtliche Strafe richtiger Weise die polizeiliche Ordnungsbuße.

Wo aber die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als strafrechtlich geschützter Rechtsgüter, und daher die konkrete Rechtsgutsschutzfunktion der strafgesetzlichen Bestimmung klar liegt, außerdem aber die der strafrechtlichen Beurteilung unterliegende Betätigung den Charakter des polizeiwidrigen Verhaltens an sich trägt,[311]) ist nach der gegenwärtigen Rechtslage für beide selbständig nebeneinander hergehenden Strafarten Raum.

§ 11. Die Exekutiv- und Polizeistrafgewalt nach § 7 der Kaiserl. Verordnung von 1854.

Jene allgemeine polizeiliche Pflicht, die wir als die natürliche Grundlage der Polizeigewalt kennen gelernt haben, eröffnet uns noch ein wei-

[310]) Umsomehr gilt dies in dem Falle, wenn der Tatbestand des strafgesetzlichen Delikts sich in der Verletzung polizeilicher Vorschriften und Einrichtungen erschöpft (z. B. §§ 361 ff. StGB.). Dies sieht § 48 der Verordn. d. Min. d. Inn., d. Justiz und d. Finanzen v. 19. Jänner 1853 Nr. 10 RGBl. Beil. A vor: „Das Bezirksamt verhandelt und entscheidet in erster Instanz bei Verletzungen polizeilicher Vorschriften und Einrichtungen, insoweit dieselbe nicht der strafrichterlichen Wirksamkeit vorbehalten sind, oder nicht ausdrücklich anderen Behörden zugewiesen werden". Weiter scheint Žolger a. a. O. S. 217 zu gehen, wenn er unter der — nach unserer Auffassung nicht wesentlich ins Gewicht fallenden — Voraussetzung, daß die Polizeiorgane eine eigene Strafsanktion aufgestellt haben, die polizeiliche Ahndung neben der gerichtlichen Strafe für zulässig erachtet. S. aber § 136 der Gewerbeordnung v. 20. Dezember 1859 Nr. 227 RGBl.: „Unterliegen Handlungen oder Unterlassungen, welche als Übertretungen der Gewerbsvorschriften erscheinen, zugleich einer durch die allgemeinen Strafgesetze festgesetzten Strafe, so haben die durch das gegenwärtige Gesetz festgesetzten Strafarten nicht abgesondert Platz zu greifen."

[311]) Man denke z. B. an Beleidigung einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft (§ 303 StGB.) einerseits und Entehrung einer minderjährigen Anverwandten durch einen Hausgenossen (§ 504 StGB.) anderseits, wenn diese Tatbestände das Kriterium der Öffentlichkeit an sich tragen. S. v. Hye-Glunek a. a. O. S. 64 ff., ferner Schilling a. a. O. S. 514.

teres Feld der Betrachtung, indem sie uns die Einsicht in das Zustandekommen der die Willensbestimmung der Einzelnen leitenden Willensäußerungen der Verwaltung gewährt. Ihre innern Wurzeln hat sie in der Vernunft und Erfahrung als den vornehmsten menschlichen Erkenntnisquellen. Auch darin offenbart sich ihr naturrechtlicher Kern, der den ganzen Bau in allen seinen Teilen von den Grundfesten hinauf beherrscht.

Die von ihr her drohende Gefahr liegt in der Möglichkeit ihrer extremen Auffassung, die zu ganz ungemessenen Anforderungen an das Individuum führen kann.

Man sollte nun glauben, daß der Polizeistaat, dem die Vernichtung der freien individuellen Entwicklung seit jeher zur Last gelegt wird, den ihm ehemals beigemessenen „größten denkbaren Despotismus" (Kant) auch soweit betätigte, daß er jede individuelle Lebensäußerung, die sich seinem System nicht anpasste, durch das „Zuchtmittel" der Strafe kurzer Hand niederdrückte. Die Machtvollkommenheit war ihm hiezu allerdings gegeben, sie stand ihm in der stets schlagbereiten arbiträren Strafgewalt zur Seite.

Allein auch er verschmähte diese blinde, zügellose Gewaltübung, weil es auch ihm nicht an der Einsicht fehlen konnte, daß diese seinem realen Interesse ganz zuwiderlief. Was sollte ihm die Strafe frommen, wenn sie die konkrete Pflichtwidrigkeit nicht mehr aus der Welt zu schaffen imstande war? Dieser rationelle Gedanke ließ jene kontemplative Haltung nicht aufkommen und brachte es mit sich, daß der Polizeistaat, seine Tätigkeit auf alle Gebiete menschlichen Daseins ausdehnend und in das ganze Leben des Volkes und des Einzelnen tief und gewaltig hineingreifend, die sich vorbehaltenen Verwaltungsaufgaben in die feinsten Verästelungen durch ganz minutiöse Polizeinormen verfolgte.

Und noch eine weitere Erwägung mußte sich durchsetzen. Die beiden Wurzeln jener allgemeinen polizeilichen Pflicht, Vernunft und Erfahrung, die als den Einzelnen in seinem Handeln unbedingt bestimmend angesehen wurden, waren nach dem Maße menschlicher Kraft nicht als unendlich gedacht. Diese natürliche Beschränktheit des Individuums, auf die u. a. auch die eigenen, seiner „Wohlfahrt und Glückseligkeit" abträglichen Handlungen zurückgeführt zu werden pflegten, zu ergänzen, sollten gleich einer Vorsehung die zahllosen, in einzelnen Gebieten bis zum Extrem spezialisierten Polizeivorschriften dienen.[312])

Dies sind die wesentlichsten Momente, die es dem ancien régime als geboten erscheinen liessen, seine auf die materielle Volksbeglückung abzielenden und insoweit die individuelle Subjektivität mißachtenden Ver-

---

[312]) So, wenn u. a. „Tanzen im Freien, (als) dem öffentlichen Gesundheitszustande nachtheilig" verboten (Verordn. d. niederöst. Reg. v. 24. Sept. 1822 Z. 47 823, v. Lützenau, Handbuch der Gesetze und Verordnungen, II., 1846 S. 217) oder „übermäßigen Anstrengungen des Körpers, besonders insofern solche aus einem mißverstandenen Wetteifer, oder anderen schädlichen Gebräuchen hervorgehen . . . . ." entgegengewirkt wird. S. Kopetz a. a. O. passim, insbesondere II. S. 100, ferner Kudler a. a. O. I. S. 13f. Zutreffend Rotering, Polizeiunrecht und Königsbann, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, 1906, S. 129: „Sie schützen den irrenden Täter, welcher die Größe der Gefahr nicht kennt". Vgl. im übrigen die ausführliche Erörterung dieses naturrechtlichen Gedankens bei Sonnenfels Grundsätze S. 59; vortrefflich ferner Delamare, Traité de la police où l'on trouve l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatifs de ses magistrats, 1729 I., S. 238.



waltungstendenzen mit mächtigem Griffe in einer verwirrenden Fülle von polizeilichen, jede freie Betätigung der Untertanen beengenden Einzelvorschriften zu unzweideutigem autoritativen Ausdruck zu bringen und hiedurch jene polizeiliche Pflicht allgemein erkennbar zu gestalten.

Nicht andre Rücksichten sind es nun, die in dieser Richtung auch in der Gegenwart auf die Verwaltungsorgane bestimmend wirken, wenn sie mit der vollen Macht der Beherrschung durch Gebote und Verbote die natürliche Freiheitssphäre des Individuums sich unterwerfen.[313]) Die gleiche Auffassung begegnet uns in der Verordn. von 54 wieder. § 7, der hier in Betracht kommt, zieht das Verbotsrecht der politischen Behörden gar nicht weiter in Frage,[314]) er erachtet vielmehr die Legitimation hiezu als von selbst gegeben. In einer rein polizeilichen Epoche des öffentlichen Rechtes war sie ja auch nie einem Zweifel begegnet. Wer sollte ihnen diese Befugnis auch genommen haben? Diese Frage mußte sich damals zu ihren Gunsten entscheiden und hat auch seither keine andre Entscheidungsbasis gewonnen. Ungebrochen muß daher auch heute noch dieser aus dem absoluten Staate in das Recht der Gegenwart übernommene Gedanke zur Geltung gelangen.[315])

Freilich hat die Theorie es versucht, unsrer Verwaltung das Gewand rechtsstaatlicher Ordnung zu leihen. Und weil das positive Recht den Stoff dafür nicht bietet, und die Verwaltung, wenn sie darauf allein angewiesen wäre, in unverhülltester Entblößung dastünde, hat man sich dazu gedrängt gesehen, sie mit dem Deckmantel eines sog. selbständigen Verordnungsrechtes auszustatten, unter dem an allen Ecken und Enden die unbeschränkte Verordnungsgewalt des Polizeistaats hervorlugt, oder sich auf den Rechtstitel eines aus dem absoluten Staate in den Verfassungsstaat herübergenommenen Gewohnheitsrechtes zu berufen, der sich um

---

[313]) S. die oben Anm. 161 zit. E. d. KH. v. 26. Okt. 1904 Z. 8583: „§ 335 verlangt das normale Maß von Einsicht. Die Vorschrift erklärt ein bestimmtes Tun oder Lassen für gefährlich; jedermann hat dieselbe zu kennen, und sollte auch die eigene Einsicht nicht ausreichen, um ihn die Gefahr erkennen zu lassen, so macht ihn eben die Vorschrift darauf aufmerksam."

[314]) S. schon Lienbacher in seiner Rede v. 31. Oktober 1878 (403. Sitzung d. VIII. Sess. des Haus. der Abg. [Stenogr. Prot. S. 12979 ff.], wörtlich angeführt auch im „Polizeistrafrecht" S. 279 f.), Brockhausen, Verbotsrecht, Essays, S. 16.

[315]) S. v. Stein Polizeirecht S. 32: „Die Polizei hat an sich das Recht zu Polizeiverfügungen, und keine Gesetzgebung der Welt hat es der Polizei jemals bestritten oder verweigert"; ferner Schulze, Das preuß. Staatsrecht, II. 3., S. 531. — Selbst das Zeitalter, dem die üppigste Entfaltung des freiheitlichen Geistes angehört, hat diesen Gedanken nicht abgelehnt. Dies geht aus den Vorarbeiten zur Verfassungsgesetzgebung, bei denen man der Entscheidung der Frage über das Verordnungsrecht der Verwaltungsbehörden nicht ausweichen zu dürfen glaubte, klar hervor. Ganz deutlich machen sie uns mit den legislativen Erwägungen vertraut, die die Verfassungsgesetzgebung auf diesem entscheidenden Gebiet geleitet haben. So erkennt der Bericht des Verfassungsausschusses zum Entwurf des StGG. v. 21. Dezember 1867 über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt als wesentlichen Bestandteil der Regierungsgewalt ein nur wenig beschränktes Verordnungsrecht an, als „das Recht, durch Verordnungen und Befehle innerhalb der durch die Verfassung, die Gesetze und die allgemeine Rechtsordnung gegebenen Schranken das zu verwirklichen, was nach den Gesetzen und zum Vollzuge derselben geschehen soll, und dasjenige ins Leben zu rufen, was zur Förderung der physischen und geistigen Cultur und der wirtschaftlichen Verhältnisse ins Leben gerufen werden soll." (Die neue Gesetzgebung Österreichs, erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, I. Wien 1868, S. 490.)

nichts von der hier vertretenen Auffassung unterscheidet, daß die Polizeigewalt nach geltendem Rechte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung keiner weitern Rechtsgrundlage als jener allgemeinen polizeilichen Pflicht bedarf, und ihre „Willensäusserungen" sich insoweit nur als Vollzugsmaßregeln zur Verwirklichung dieser Pflicht darstellen.

Trotz allen theoretischen Bestreitungen und verfassungsmäßigen Bedenken, die immer wieder gegen dieses Verbotsrecht ins Feld geführt werden, glauben wir den realen Verhältnissen am vollkommensten Rechnung zu tragen, wenn wir, frei von aller doktrinären Voreingenommenheit, die bereits oben abgelehnte, gesetzlich nicht fundierte Projektion des modernen Staatsgedankens auf unser Gebiet tunlichst bei Seite lassen, das sich bisher nur mit dem leisesten Hauch rechtstaatlicher Ideen abzufinden genötigt war.[316])

Im Lichte dieser Auffassung ergibt sich uns mit unzweideutiger Klarheit, daß § 7 die Einräumung eines Befehlsrechtes überhaupt nicht intendiert hat. Rebus sic stantibus hatte es sich nur darum gehandelt, die Hand-

---

[316]) S. Ferd. Schmid a. a. O. S. 446. — Wer etwa nach der erforderlichen gesetzlichen Grundlage sucht, um die Polizeigewalt mit dem Hintergrund des verfassungsmäßigen Vorbehalts des Gesetzes auszustatten, wird sie vielleicht in den §§ 35, 22 der Beilage A der Verordn. v. 19. Jänner 1853 Nr. 10 RGBl. bezw. § 13 der Beil. C dieser Verordn. (s. oben S. 52 f.) finden. — Der modernen Staatsrechtswissenschaft ist ja solche äußerliche Anlehnung an irgend einen Gesetzestext nicht fremd. (S. O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 252.). Die „Maßregeln", die zu treffen den Bezirksämtern und Statthaltern dort auferlegt wird, begreifen offenbar auch Polizeiverordnungen und -verfügungen in sich. Auch bei Sonnenfels heißen diese nicht anders als „Vorkehrungen". Ja selbst in dem rechtsstaatlich unverfälschten 1. Gemeindegesetz (kais. Pat. v. 17. März 1849 Nr. 170 RGBl.) begegnen wir dieser sprachlichen Identifizierung des Wortes „Maßregeln" mit Verordnungen; s. neuestens § 1 Abs. 2 d. Ges. v. 6. August 1909, Nr. 177 RGBl. betreffend die Abwehr und Tilgung von Tierseuchen. (Vgl. im übrigen auch O. Mayer, Theorie d. franz. Verwaltungsr., S. 170, Schilling a. a. O. S. 518, v. Stengel, System der vorbehaltenen Polizeivorschriften, Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern, VIII., S. 323). Der Einwand Žolgers a. a. O. S. 105 Anm. 1, daß die Ministerien durch diese generelle Ermächtigung nicht gedeckt seien, trifft allerdings zu. Doch ist dies nur eine uns ganz geläufige Erscheinung, daß die höchsten Verwaltungsstellen sich mit der stillschweigenden Anerkennung dieser als natürliche Attribute der vollziehenden Gewalt gedachten Befugnisse abfinden müssen. (S. die ähnliche Betrachtungsweise für Preußen bei Gneist „Verwaltungsexekution" in Holtzendorffs Rechtslexikon, III. 2., S. 1111, Anschütz a. a. O. S. 464 ff.). — Unsere ablehnende Stellung gegenüber solchen konsequent festgehaltenen Stützen wurzelt dagegen in der Erwägung, daß man sich in einem Kreislauf tiefer Selbsttäuschungen bewegt, wenn schon solche lediglich als Organisationsvorschriften zur Regelung der sachlichen Kompetenz der Ämter gedachten Gesetzesbestimmungen der sonst überstrengen Auffassung der modernen Doktrin als hinreichende gesetzliche Grundlage genügen. Eine rechtliche Schranke wird sich aus diesen „allgemeinsten Ermächtigungen" kaum gewinnen lassen. Sie laufen am Ende doch auf ein plein pouvoir hinaus, wobei es immerhin fraglich bleibt, ob damit eine juristisch brauchbare Antwort auf die Frage nach den Grenzen der Polizeigewalt gewonnen ist. Auf spezielle Ermächtigungen wird man aber die Verwaltung kaum einzuschränken gesonnen sein, weil es an einer alle Verwaltungsmaterien umfassenden Gesetzgebung fehlt, die die erforderlichen Vollmachten zu gewähren vermöchte. Am radikalsten wohl Brockhausen, Das Verbotsrecht der Polizeibehörden, Essays S. 12 f., wenn er die Anschauung vertritt, daß das allgemeine Polizeimandat des absoluten Staates mit diesem ohne weiteres aufgehört habe. — Über die weiteren Bedenken wegen der Inkongruenz zwischen den Aufgabenkreisen des Bezirksamtes und des Statthalters vgl. oben S. 53.

habung der Exekutivgewalt ihrem ganzen Umfang nach, und in Anknüpfung daran der polizeilichen Strafgewalt auf ein rechtliches Maß zurückzuführen.

Unter dem Eindruck der gegen die Willkür der Verwaltung gerichteten Stürme war die Einsicht gediehen, daß eine Einschränkung der Polizeigewalt auf allen Linien dringend geboten sei, mochte sich diese in Übung des Polizeizwangs oder in Verhängung von Polizeistrafen äußern. Abermals tritt uns hier jener Gedanke entgegen, den wir schon oben gelegentlich der Erörterung des § 11 als den die Verordn. von 54 beherrschenden angedeutet haben und weiter unten noch ausführen wollen.

In seinem 1. Absatz führt nun § 7 aus, daß die polit. Behörden zur Durchsetzung ihrer Verbote, vorausgesetzt daß solche erlassen sind, die zum Zwecke führenden Vollzugs- und Exekutionsmittel in Anwendung zu bringen und die für den Fall der Übertretung oder Widersetzlichkeit bestimmte oder in Ermangelung einer ausdrücklichen besondern Strafsanktion die im § 11 festgesetzte Strafe zu verhängen haben.

Wie nun die Verordn. v. 54 überhaupt in ihren wesentlichsten Partien eine zusammenfassende, wenn auch nicht erschöpfende Behandlung und Regelung des Vollstreckungsverfahrens bietet,[317]) ist es auch klar, daß hier reiner Verwaltungszwang in Frage steht. Dies gilt auch in Ansehung der hier erwähnten Strafe. Sie ist wahre Exekutiv-, Erfüllungsstrafe,[318]) weil sie Platz greift nur „gegen diejenigen, welche das Verbot zu übertreten suchen oder in dessen Nichtbeachtung verharren" d. h. also solange nach Anschauung des Gesetzgebers Erfüllungszwang noch anwendbar zu sein scheint bezw. noch einen praktischen Sinn hätte.

Freilich ward dabei den praktischen Verhältnissen nur wenig Rechnung getragen und vor allem ein völlig unhaltbarer Zustand dadurch geschaffen, daß nun die Polizeibehörden dem präzisen Wortlaut nach neben den sonstigen typischen Formen des Verwaltungszwanges auch stets die Exekutivstrafe in Anwendung zu bringen verpflichtet sind. Darüber war man sich damals offenbar nicht klar geworden, daß dort, wo der in den anderweitigen Zwangsvollstreckungsformen sich betätigende Verwaltungszwang den mangelnden guten Willen zu ersetzen vermag, für eine weitere, dem gleichen Zwecke dienende Reaktion gegen den Exekuten kein Raum mehr bleibt, weil diese sonst um ihre wesentliche Funktion als „Surrogat der Zwangsmittel" (Merkel) gebracht wird.[319])

Als vollends — sowohl theoretisch als auch praktisch — verwerflich erweist sich aber diese das obligatorische Eintreten der Exekutivstrafe normierende Bestimmung erst aus dem Gesichtspunkt des Polizeistrafrechts, auf das der 2. Absatz in zwingender Weise hindeutet. Danach

[317]) Darauf weist auch die Überschrift hin. Freilich darf deren Bedeutung nicht soweit überschätzt werden, daß man um ihretwillen die Verordnung ganz für das Zwangsstrafrecht reklamiert; so Žolger a. a. O. S. 231. Mehr als ein „Wegweiser in und durch das Gesetz" (Binding) will auch die vorliegende Überschrift nicht sein, mit deren Unzuverlässigkeit wir uns bereits oben abzufinden hatten.

[318]) S. auch Hauke a. a. O. S. 115, Žolger a. a. O. S. 230 ff., Ulbrich, „Polizei- und Polizeistrafrecht" in Mischler-Ulbrich, Österr. Staatswörterbuch, II. 1897, S. 816, Lammasch Grundriß S. 51; a. M. Tezner a. a. O. S. 408, der hier wahre Polizeistrafe annimmt, weil § 7 nur das Polizeidelikt der Übertretung oder Mißachtung eines behördlichen Verbots im Auge haben soll, das im Wege des Polizeistrafverfahrens zu ahnden sei.

[319]) Anders liegt natürlich die Sache, wenn jene Zwangsvollstreckungsformen nach der Natur der Verbindlichkeit im einzelnen Falle unanwendbar sind.

unterliegen Übertretungen oder Außerachtlassungen solcher Verbote, wenn dafür nicht ausdrücklich eine besondre Strafsanktion festgesetzt ist, der im § 11 bestimmten Strafe.[320]) Hier tritt die Unerträglichkeit des herrschenden Rechtszustands am sinnfälligsten in die Erscheinung.

Vor allen Dingen ist in Betracht zu ziehen, daß die im 1. Absatz anscheinend beabsichtigte Einschränkung des Anwendungsgebiets der Exekutivstrafe im Effekt ganz belanglos ist. Wohl soll diese nur diejenigen treffen, die das Verbot zu übertreten suchen.[321]) Doch wer wollte verkennen, daß die hier in Betracht kommenden Handlungen einen Versuch regelmäßig ausschliessen, so daß der Beginn der verbotenen Willensbetätigung in der Regel auch schon mit der vollendeten Übertretung des Verbots zusammenfällt. Man denke nur an das der täglichen Verwaltungspraxis geläufige Verbot des Abstäubens von Wischtüchern aus offenem Fenster. Das blosse Hinaushalten des Staublappens ist zweifellos noch nicht geeignet, die Exekutivstrafe nach sich zu ziehen. Sobald aber mit dem Ausstauben auch nur begonnen wird, bietet dieser Tatbestand allein schon die vollendete Verbotsübertretung dar. Diese Übertretung durch Exekutivstrafe verhindern zu wollen, ist einfach widersinnig. Hier liegt

---

[320]) Mit dieser ex professo an das Polizeidelikt des § 11 sich anlehnenden Bestimmung will im Sinne der diesseitigen Auffassung im übrigen des nähern nur gesagt sein: Wohl ist polizeiwidriges Verhalten an sich, d. h. ohne Vermittelung durch ein vorausgehendes Verbot strafbar. Daran ändert aber nichts, wenn ein solches Verbot doch erlassen worden ist. Die Verbotsübertretung bleibt nichtsdestoweniger Polizeiwidrigkeit und unterliegt der für diese festgesetzten Strafe. — Zwingend drängt sich uns diese Art der Auslegung schon deshalb auf, weil sich § 7, statt sich einer selbständigen Strafsanktion zu bedienen, auf die erst im § 11 nachfolgende Sanktion beruft und hiedurch den innern Zusammenhang zwischen den hier und dort umrissenen Deliktstatbeständen und die paradigmatische Bedeutung des § 11 unverkennbar zum Ausdruck zu bringen beabsichtigt.

Den 2. Absatz des § 7 scheint Žolger a. a. O. S. 230 f. ganz übersehen zu haben, wenn er annimmt, „daß die kais. Verordn. v. 54 nur die Exekutivstrafe im Auge habe", daß also § 7 lediglich „die Exekutivvorschrift bezüglich der Durchführung solcher Verfügungen gibt, welche den Einzelnen zu einer Unterlassung verpflichten."

[321]) Auch die von Žolger a. a. O. S. 233 versuchte, den Wortlaut zu strikt erfassende Einschränkung auf „Verbote" wird kaum aufrecht erhalten werden können. Ganz abgesehen davon, daß schon nach logischen Regeln jedes Verbot ein negativ gefaßtes Gebot in sich schließt, deuten die generalisierenden Worte „solches (sc. das Verbot) mag sich auf eine einzelne Handlung oder auf eine bestimmte Gattung von Handlungen beziehen" offenbar darauf hin, daß der Terminus „Handlung" hier in jenem weitern Sinne gebraucht wurde, in dem er auch die Unterlassung begreift. Ganz deutlich geht diese, der österr. Gesetzgebungspraxis geläufige Terminologie aus der Entstehungsgeschichte der später zu erörternden Verordn. vom 30. September 1857 Nr. 198 RGBl. hervor, in der der Justizminister Nádasdy die darauf Bezug nehmende Erläuterung gegeben hat. (Akt. des Min. d. Inn.). — S. ferner Glaser, Strafbare Unterlassungen, Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht, I., S. 289 f., Brockhausen, Verbotsrecht, Essays S. 14, Bornhak, Preußisches Staatsrecht, III. 1890, S. 139, E. Meier bei Holtzendorff-Kohler II. S. 653, sowie Erl. d. Min. d. Inn. v. 31. August 1886 Z. 11314 (Österr. Ztschr. f. Verwaltung, 1886, Nr. 48), wo die Nichtbefolgung des behördlichen Auftrags zur Vorlage des Aufforstungsplanes für einen aufzuforstenden Waldteil als eine nach der Verordn. v. 54 strafbare Übertretung bezeichnet wird. — Außerdem gilt es zu erwägen, daß die polizeiliche Zwangsgewalt gerade gegenüber Geboten ihre volle Wirksamkeit zu entfalten imstande ist, während ihre regelmäßige Machtlosigkeit bei Durchsetzung von Verboten schon aus den im Texte angeführten Beispielen deutlich erhellt. S. dazu und zum Folgenden u. a. Foerstemann a. a. O. S. 167 f., 410 ff.

schlechterdings Polizeiwidrigkeit vor, die lediglich die sowohl repressiv als auch präventiv wirkende polizeiliche Ordnungsbuße nach sich zu ziehen hat. Ebenso verfehlt ist es, wenn auch das „Verharren in der Nichtbeachtung des Verbotes" als zulässige Grundlage für die Verhängung der Exekutivstrafe angesehen wird. Schon dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach deutet „verharren" auf einen fortdauernden, unveränderlichen Zustand hin, von dem man nicht abzugehen gesonnen ist.[322]) Im Sinne strafrechtlicher Terminologie ist hier die ununterbrochene Verwirklichung des verbotswidrigen Tatbestands und insofern ein fortdauerndes Polizeidelikt gegeben.

Was hier in dem einfachen Falle einleuchtend ist, das gilt nun von der ganzen Reihe im Grunde gleichartiger polizeilicher Anordnungen. Daß also in diesen beiden im § 7 beschlossenen Fällen, in denen offenbar von Anfang an die Polizeiwidrigkeit objektiviert erscheint, Polizeistrafe einzutreten hat (§ 7 Abs. 2), ist innerlich begründet. Allein gegen die Verdoppelung der staatlichen Einwirkung auf den Rechtskreis des Pflichtigen, die notwendig dadurch gegeben ist,[323]) daß die polit. Behörden ohne Zulässigkeit einer Wahl gegen die regelmäßig bereits vollendete Polizeiwidrigkeit neben der polizeilichen Ordnungsbuße auch noch Exekutivstrafe zu verhängen und außerdem die herkömmlichen Zwangsmittel anzuwenden haben, sträubt sich mit gutem Grunde alles Rechtsempfinden umsomehr,[324]) als im österr. Rechtssystem, wie wir bereits oben gesehen haben, Exekutivstrafe und Polizeistrafe in wesentlich gleichartiger Funktion als psychologische Zwangsmittel Verwendung finden, und die verständige Forderung, daß sich der von der Polizei geübte Zwang innerhalb der Grenzen des Notwendigen halte, anderwärts dem leitenden Satze, daß die Exekutivstrafe bei einheitlicher Tatbestandlichkeit der Polizeistrafe zu weichen habe, unbestrittene Geltung verschafft hat.[325])

§ 12. Die organische Zweckbestimmung der Verordn. v. 1854 und ihr Verhältnis zur Verordn. v. 30. September 1857 Nr. 198 RGBl. — Schlußbetrachtung.

Nach den bisherigen Ausführungen wird die Frage am Platze sein, welche organische Zweckbestimmung im Gebiet des Polizeistrafrechts

---

[322]) Das Gleiche gilt, wenn man dabei an diskontinuierliche Einzelhandlungen denken wollte, die freilich in der Tat keinen Zustand zu schaffen vermögen. Vgl. dazu Neukamp, Die polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen oder Unterlassungen und deren Durchführung nach preußischem Recht, Verwaltungsarchiv, III., S. 39.

[323]) Offenbar verkannt von Zolger a. a. O. S. 231 Anm. 1.

[324]) Eine „ziemlich systematische und genaue Anerkennung" der Elemente des verwaltungspolizeilichen Verfahrens glaubt darin v. Stein Polizeirecht S. 62 erblicken zu können, während er freilich zugestehen muß, daß „der § 7 noch immer zu gewissen Unsicherheiten Anlaß gibt, da er neben der Vollziehung auf Kosten des Betreffenden und neben der allgemeinen Ordnungsstrafe des § 11 noch den Behörden gestattet, die zum Zwecke führenden Vollzugs- und (?) Exekutionsmittel in Anwendung zu bringen."

[325]) v. Stein Polizeirecht S. 60: „Die in dem Polizeiverfahren liegende Beschränkung der persönlichen Freiheit darf nur soweit gehen, als es nötig ist, um die Vollziehung der polizeilichen Verfügung wirklich zu vollziehen, und nicht weiter." S. ferner u. a. Anschütz a. a. O. S. 457, Thoma a. a. O. S. 247, Neukamp a. a. O. S. 85 f. A. M. allerdings Hänel, Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892 I., S. 251, Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 252, Isaac a. a. O. S. 642.

die kaiserl. Verordn. von 1854 bezw. ihre Vorläuferin die Verordn. von 1853 nach der Absicht des Gesetzgebers zu erfüllen bestimmt waren. Bereits oben hatten wir Gelegenheit, uns andeutungsweise mit dieser Frage zu beschäftigen, die hier nun ihre ausführliche Erörterung finden soll. Das Verständnis hiefür wird wesentlich gefördert, wenn wir uns die äußern Umstände der Entstehung dieser Verordnungen ins Gedächtnis zurückrufen.

Ein Kind jener Epoche der verschärften Reaktion, die alle durch die Verfassung von 1849 verheissenen und zum Teile aufgestellten freiheitlichen Prinzipien mit einem Schlage über Bord geworfen hatte, stellt sie sich uns gleichwohl als der Markstein dar, der den rechtlosen Zustand von der Rechtsbildung innerhalb des Polizeistrafgebiets scheidet und insofern die erste Stufe des Entwicklungsprozesses seiner rechtlichen Gestaltung bildet.

So paradox dieses Bild auch erscheinen mag, so entspricht es doch der natürlichen Entstehungsweise des Rechtes aus der Gewalt, die Ihering mit seinem scharfen Geiste ergründet hat: „Das Recht löst die Gewalt ab, die ihrer selbst wegen der Ruhe begehrt und auf weitere Vorteile verzichtet, die in keinem Verhältnis zu den aufzuwendenden Mitteln stehen.“[326])

Am deutlichsten erkennen wir diesen Entwicklungsprozeß naturgemäß in denjenigen Gebieten, in denen er gewissermaßen vor unsern Augen sich abspielt; deshalb eröffnet sich uns in dieser Richtung das dankbarste Feld der Betrachtung im österr. Polizeistrafrecht.

Der jähe Wandel der mit dem staatlichen Verfassungsleben innig zusammenhängenden Grundsätze des Strafrechts hat es mit sich gebracht, daß die Polizeidelikte wieder der Ahndung durch die polit. Behörden unterworfen wurden.[327]) Es konnte jedoch nicht an der Erkenntnis fehlen, daß ein Fortschreiten des Imperiums in den althergebrachten Bahnen mit den vielfachen und schwer empfundenen willkürlichen Übergriffen der Polizei dem empfindlichsten Rückschlag begegnen müßte; und da ergab sich als die bequemste Konzession, durch die nicht viel aufs Spiel zu setzen war, der in Strafverhängung sich betätigenden Polizeigewalt durch die Feststellung eines allgemein gültigen, eine willkürliche Ausdehnung ausschliessenden Strafausmaßes bestimmte Schranken zu setzen.[328])

Denn ein für allemal wird daran festzuhalten sein, daß alle der Zeit des Übergangs vom Polizeistaat zum Rechtsstaat ihre Entstehung verdankenden und auf die Betätigung der Polizeistrafgewalt Bezug nehmenden Polizeivorschriften nicht konstituierend, sondern nur limitierend wirken wollten und auch in der Tat wirkten, daß ihnen also insoweit nur negative Tendenz innewohnt.[329]) Es ist daher einleuchtend, daß auch die in Frage stehende Verordnung den Polizeibehörden keine neuen, bis dahin ihnen mangelnden Befugnisse gegeben haben wollte, sondern daß damit vielmehr nur eine nähere Bestimmung und Begrenzung ihrer Strafgewalt, eine negative Schranke für ihre Tätigkeit beabsichtigt wurde.

„Polizeiwidriges Verhalten“ ward zweifellos auch schon vor dem Inkrafttreten der Verordn. von 54 geahndet; ebenso wie es außer Frage

---

[326]) Ihering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl. I., S. 246.
[327]) S. oben S. 49 f.
[328]) Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 186.
[329]) S. Meyer-Anschütz Lehrbuch S. 650 ff.



steht, daß die Verwaltungsbehörden sich auch schon früher die Macht vindiziert haben, ihre Anordnungen nötigenfalls im Wege des Verwaltungszwanges in Vollzug zu setzen, und nicht erst durch die Verordn. von 1851 mit Exekutivbefugnissen ausgestattet wurden. Doch hatte der willkürlich sich betätigenden Polizeistrafgewalt bis dahin noch keine Richtschnur in Rücksicht der anwendbaren Strafmittel und der Höhe der Strafe als Schranke des freien Spielraums vorgeschwebt, so daß die Allmacht der Polizei sich in Verhängung von exorbitanten, ihren wandelbaren subjektiven Zwecken angepassten Strafen ganz ungebändigt entfalten durfte. Diesem Mangel war nun die Verordnung von 54 abzuhelfen bestimmt, indem sie die Befugnis der polit. Behörden zur Strafverhängung durch die Feststellung der zulässigen Strafmittel und eines Maximums für die zu verhängenden Strafen (Einhundert Gulden C. M. oder vierzehntägige Anhaltung) abgrenzte[330]) und dadurch zum Ausdruck brachte, daß eine andere Gleichung zwischen der Polizeiwidrigkeit und ihrem Strafäquivalent ausgeschlossen sein solle. Das aus sich selbst herausgewachsene Bedürfnis nach Ordnung des Verhältnisses zwischen der Polizeigewalt und den ihr unterworfenen Untertanen befriedigte sich zunächst in der Erkenntnis der Notwendigkeit, sich in der Betätigung der Polizeistrafgewalt selbst zu beschränken.

Nur diese Absicht der Einschränkung der Arbitrierungsgewalt der polit. Behörden bei Zumessung der Strafe kann uns ein tiefergehendes Verständnis der Bedeutung dieser Verordnung, die in ihrem § 11 den hervorragendsten Typus des österr. Polizeidelikts darstellt, für das Polizeistrafrecht erschließen. In dieser Funktion bezeichnet sie einen ganz bedeutungsvollen Wendepunkt in der Geschichte des österr. Polizeistrafrechts. Es liegt darin der erste Ansatz der staatlichen Erkenntnis, daß auch die Ausübung der Polizeistrafgewalt ein Recht haben müsse, der Anfang einer geordneten Rechtsbildung.[331])

Neben dieser bisher erörterten Funktion der Restriktion der Polizeistrafgewalt erfüllt die Verordn. von 54 aber noch eine zweite, rechtsdogmatisch belangvollere, die jedoch kaum schon in der Absicht des Gesetzgebers gelegen war.

Diese Verordn. hat nämlich durch jene mehr formelle Konzession an die Ansprüche des Individuums die wesentlichste staatsrechtliche Bindung der Polizeistrafgewalt durch den Satz: nulla poena sine lege scheinbar ganz überflüssig gemacht. Dadurch, daß polizeiwidriges Verhalten nach autoritativer Willenserklärung ohne Weiteres der näher bestimmten Ahndung unterliegt, hat man sich offenbar der Notwendigkeit überhoben geglaubt, das Imperium noch weiter durch die Verpflichtung zu beschränken, seine Strafgewalt nicht eher zu betätigen, als bis es durch eine, sein Verhältnis

---

[330]) Selbst dieses Ausmaß gab dem Min. d. Inn. Bach noch Anlaß, in seinem a. u. Vortrage v. 6. April 1854 (Akt. d. Min. d. Inn.) zu versichern: daß im Hinblick auf die in anderen Bestimmungen der Verordn. gelegenen Garantien „wegen etwaiger Übergriffe oder allzu großer Strenge von Seite unterer Organe keine gegründete Besorgnis gehegt werden kann." Diese limitierende Funktion gelangt im übrigen zum Ausdruck auch in der im 3. Absatz des § 11 enthaltenen Bestimmung, daß die Strafe für ein Polizeidelikt niemals höher sein darf, als die Strafandrohung für verwandte Justizdelikte.

[331]) „Der erste Schritt von dem bevormundenden schrankenlosen Polizeistaat zum Rechtsstaat"; so Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 124 gegenüber dem die gleiche Funktion versehenden § 25 II, 20 ALR.; s. auch Schilling a. a. O. S. 507, ferner Heinze in Gerichtssaal, XIII., S. 424.

zu den Untertanen vorher feststellende, Erklärung die Strafe als Reaktion angedroht hat.[332]) Nur auf diese Weise wird es verständlich, daß jener Satz: nulla poena sine lege im österr. Polizeistrafrecht prinzipiell keine greifbare rechtliche Gestalt angenommen hat, obwohl anderwärts seine Einführung, kaum daß das Staatsleben den ersten Trieb zu konstitutioneller Gestaltung angesetzt hatte, eines der ersten Postulate bildete, die die zum Rechtsstaat gravitierende freiheitliche Bewegung in ihr Programm aufnahm, und selbst die heftigsten Kämpfe nicht gescheut wurden, um diesen Markstein für die staatsbürgerliche Freiheit der Staatsgewalt vollends abzuringen.

Diese insoweit negative Funktion der Verordn. v. 54 bildet auch einen wesentlichen Erklärungsgrund für die eifrige Gegnerschaft, auf die ihre in das Polizeistrafrecht einschlagenden Bestimmungen, insbesondere aber § 11 seit dem Inkrafttreten der Verfassungsgesetzgebung gestoßen sind.[333])

Freilich ist diese tiefgreifende Bedeutung der Verordn. v. 54 für das geltende Polizeistrafrecht in der Wissenschaft bisher kaum gewürdigt worden. Vielmehr ist hier stets das Bestreben hervorgetreten, ihr den Rang durch die Verordn. der Ministerien des Innern und der Justiz und der obersten Polizeibehörde vom 30. September 1857 Nr. 198 RGBl. streitig zu machen, die sich in der Marginalrubrik als eine allgemeine Vorschrift für die Bestrafung jener geringern Gesetzes-Übertretungen kundgibt, für welche weder in dem allgemeinen Strafgesetze, noch in besondern Verordnungen die Strafe bemessen ist. Doch nur zu Unrecht, indem der mehr ephemere Charakter der letztern Verordn. völlig verkannt wurde.

Sowohl deren Entstehungsgeschichte als deren Wortlaut widerstreiten ganz entschieden ihrer hergebrachten Auffassung als allgem. Blankettstrafbestimmung,[334]) die nur unter dem Einfluß einer argen Verkennung des Wesens des letztern Begriffs zu Stande kommen konnte. Handelt es sich auch bei der Wahl des Ausdrucks: Blankettstrafvorschrift nur um eine Terminologie, für die sich grundsätzlich keine allgemein bindenden Normen aufstellen lassen, so gilt es doch zu bedenken, daß ein von der Wissenschaft angenommener, überlieferter Sprachgebrauch in Frage steht, der den Unterbau der Begriffsfeststellung bildet und insofern zum wissenschaftlichen Gemeingut geworden ist. Man mag nun den Ausdruck Blankettstrafvorschrift in so weitem Sinne fassen, wie es in der vorliegenden Frage zu geschehen pflegt. Dann ist es aber nicht zu vermeiden,

---

[332]) Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 187 ff.

[333]) S. außer den oben Anm. 139 zit. Äußerungen noch aus allerjüngster Zeit den in der 1. Sitzung der XIX. Session v. 10. März 1909 eingebrachten, ausführlich begründeten Antrag d. Abg. Forstner und Gen. „betreffend die Aufhebung der kaiserl. Verordnung v. 20. April 1854 Nr. 96 RGBl. und Vorlage eines Gesetzentwurfes, betreffend die Regelung des Gebots- und Verbotsrechtes der Regierung und Schaffung von Bestimmungen im neuen Strafgesetze, wonach die Strafamtshandlungen bei Übertretungen von Geboten und Verboten der Regierung den ordentlichen Gerichten überwiesen werden." (112 d. Beil.), ferner die „Dringlichkeitsanträge d. Abg. Dr. Eugen Petruszewycz u. Gen., auf Aufhebung, bzw. Außerkraftsetzung des § 11 der kaiserl. Verordn. v. 20. Apr. 1854 Nr. 96 RGBl. betreffend die Strafgewalt der Verwaltungs- und Polizeiorgane" Sten. Prot., H. d. Abg., XIX. Sess., 41. Sitzung v. 6. Juli 1909, S. 2597 und XX. Sess., 17. Sitz. v. 14. Dezember 1909, S. 989).

[334]) So ausdrücklich Žolger a. a. O. S. 219 ff., Ulbrich Lehrbuch S. 337, ferner selbst v. Stein Polizeirecht S. 47, obwohl er die Tendenz der Verordn. v. 54, die Verwaltung mit einem allgemeinen Ordnungsstrafrecht auszustatten, an andern Orten wiederholt anerkennt.

daß wir dadurch einen zweideutigen Ausdruck erhalten, unter den diese verschiedenen Begriffe wohl nur gezwungener Weise sich werden bringen lassen.

Es soll nun durch die folgenden Ausführungen erwiesen werden, daß diese Verordn. weder als Blankettstrafbestimmung gedacht war, noch als solche zu wirken imstande ist. Sie lautet wörtlich:

„Über die entstandene Frage, wie die Übertretungen solcher aus öffentlichen Rücksichten erlassenen gesetzlichen Vorschriften oder Anordnungen der Behörden zu behandeln seien, welche keine ausdrücklichen Strafbestimmungen enthalten, haben Seine k. k. Apostolische Majestät mit Allerhöchster Entschließung vom 16. September 1857 Folgendes anzuordnen geruht:

Alle Handlungen oder Unterlassungen, welche durch die bestehenden Gesetze oder von den Behörden innerhalb ihres Wirkungskreises erlassenen Verordnungen zwar im Allgemeinen als strafbar, oder doch aus polizeilichen oder anderen öffentlichen Rücksichten als gesetzwidrig erklärt sind, ohne daß in den darüber erlassenen Vorschriften eine bestimmte Strafe dagegen verhängt erscheint, sind, insofern das allgemeine Strafgesetzbuch auf dieselben keine Anwendung leidet, mit Geldstrafen von Einem bis Einhundert Gulden oder mit Arrest von sechs Stunden bis zu vierzehn Tagen zu ahnden.

Bei Bestimmung der Strafe hat jedoch zur Richtschnur zu dienen, daß nie eine höhere Strafe verhängt werden darf, als diejenige, welche die niedrigste sein würde, wenn die That die Eigenschaft eines Vergehens oder einer Übertretung ähnlicher Art im Sinne des allgemeinen Strafgesetzes erlangt hätte.

Das Verfahren über derlei geringere Gesetzübertretungen ist von den in der Verordnung vom 3. April 1855 Nr. 61 RGBl. bezeichneten Behörden nach den daselbst vorkommenden Bestimmungen zu pflegen."

Faßt man nun diese Bestimmung näher ins Auge, so wird es nicht zu vermeiden sein, daß man auf große Unklarheiten stößt. Die vorurteilloseste Betrachtung wird sich der Erkenntnis nicht verschließen können, daß hier die sorgsam feilende Hand des Gesetzgebers nur wenig gewaltet hat. Auch kann es nicht an der Einsicht fehlen, daß es nicht das dringendste Bedürfnis war, dem durch diese Verordn. in seiner realen Wortfassung abgeholfen werden sollte. Der soeben zitierte Wortlaut allein macht uns schon mit ihrer historischen Veranlassung ganz zuverlässig bekannt.

Die durch die Verordn. von 54 geschaffene Einschränkung der Polizeistrafgewalt, die sich bis dahin gleichsam mit elementarer Kraft durchzusetzen gewohnt war, hatte es zustande gebracht, die Verwirrung der polit. Behörden auf das Äußerste zu steigern und sie gegenüber jenen bestehenden Normen, an deren Übertretung keine Straffolge geknüpft war, völlig ratlos zu machen. Es wird nun gewiß keinem Zweifel begegnen, wenn hier angenommen wird, daß Kontraventionen dieser Art auch vorher im Polizeistaat nicht straffrei ausgegangen waren. Man denke nur an die der österr. Verwaltungspraxis sehr geläufige sog. Ehrenkränkung, deren Ahndung durch die politischen Behörden ganz mit Fug auf § 1339 des allgem. bürgerl. Gesetzb.[335]) gegründet wird, oder an die von

[335]) „Die körperlichen Verletzungen, die widerrechtlichen Kränkungen der Freiheit und die Ehrenbeleidigungen werden nach Beschaffenheit der Umstände,



Unmündigen begangenen Vergehen oder Übertretungen im Sinne des allgemeinen Strafgesetzes, insofern sie in Ermangelung der häuslichen Züchtigung oder nach dabei sich zeigenden besondern Umständen der Ahndung und Vorkehrung der Sicherheitsbehörde zu überlassen sind (§§ 269, 273 StGB.). Allerdings war den politischen Behörden eine Richtschnur in dieser Hinsicht schon durch das Hofdekr. vom 30. September 1806 Nr. 787 JGS.[336]) gegeben. Allein ganz abgesehen davon, daß auch dieser autoritative Leitfaden das für die in das Verwaltungsfach einschlagenden Instruktionen eigentümliche Schicksal, in Kurzem schon der Vergessenheit anheim zu fallen, geteilt haben mochte, war den politischen Behörden noch immer die Möglichkeit erhalten geblieben, sich innerhalb der abgesteckten Grenzen gegenüber den in Frage stehenden Delikten in Verhängung von exorbitanten Strafen zu betätigen, die sich durch die Art des deliktischen Verhaltens allein nicht rechtfertigen ließen.[337]) Und doch konnte ihnen die neu aufgekommene und in der Verordn. v. 54 zur Geltung gebrachte Regierungstendenz, die ihnen anvertraute Strafgewalt durch Statuierung einer Maximalgrenze des Strafmaßes zu beschränken, nicht entgangen sein. Als zuverlässigster Weg, dieser rege gewordenen Gewissenszweifel Herr zu werden, ergab sich mit Notwendigkeit eine authentische Lösung der Frage herbeizuführen, und dieser Aufgabe war die Verordn. v. 57 zu dienen bestimmt.

Mit dieser Darlegung ihrer historischen Veranlassung ist ihr Wesen unzweideutig entschieden. Auch ihr war es vor allen Dingen darum zu tun, die Grenzen der anzuwendenden Strafen und zwar ausschließlich für diejenigen Fälle abzustecken, in denen es den zur Strafamtshandlung berufenen politischen Behörden an einer verlässlichen Richtschnur gebrach.

Der Minister des Innern Frh. v. Bach und der Chef der obersten Polizeibehörde Kempen, mitten im Verwaltungsleben stehend und mit

---

entweder als Verbrechen von dem Criminalgerichte, oder als schwere Polizey-Uebertretungen, und wenn sie zu keiner dieser Classen gehören, als Vergehungen von der politischen Obrigkeit untersucht und bestraft." — Gegen diese Praxis wendet sich mit wenig überzeugenden Argumenten Dr. Girtler v. Kleeborn in der Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1898, Nr. 10; ihre treffende quellenmäßige Rechtfertigung bietet Dr. Neugroschl ibid. Nr. 13; s. auch Preleuthner in Jaegers Österr. Ztschr. f. Verwaltung, 1880, Nr. 1.

[336]) „Seine Majestät haben in gerechter Erwägung des Mißverhältnisses zwischen den in dem neuen Strafgesetze auf schwere Polizey-Uebertretungen verhängten gemäßigten Strafen und denjenigen, welche nach den bisherigen Verordnungen auf Vergehen derselben Gattung, z. B. Trunkenheit, Betteln u. dgl., ob sie gleich noch durch Umstände die Eigenschaft von schweren Polizey-Uebertretungen nicht erhalten haben, an sich also geringere Uebertretungen sind, strenger bestimmt waren, um eine so auffallende Nichtübereinstimmung nicht länger bestehen zu lassen, den politischen Behörden vorsehungsweise, und bis über das Verhältnis der Strafen, nach den Stufen der Uebertretungen etwas Näheres bestimmt wird, sogleich dermahlen vorzuschreiben geruhet: daß nähmlich bey den Uebertretungen dieser Art, diejenige Strafe für die größte anzunehmen seye, welche die geringste ist, wenn diese Handlung in der Eigenschaft einer schweren Polizey-Uebertretung zu bestrafen sein wird."

[337]) So konnte gegenüber Ehrenkränkungen bezw. den von Unmündigen verübten strafbaren Handlungen noch immer Arrest bis zu einem bzw. sechs Monaten Platz greifen. — Außerdem griff die Erwägung Platz, daß durch das Hofdekr. v. 1806 „alle jene minderen Gesetzesverletzungen" nicht getroffen worden waren, „welche zu den im 2. Theile des Strafgesetzes enthaltenen schweren Polizeyübertretungen nicht im analogen Verhältnisse standen" (A. u. Vortrag des Justizmin. Nádasdy v. 3. July 1857, Akt. d. Min. d. Inn.).

dessen Bedürfnissen am innigsten vertraut, waren einsichtig genug, die vom Justizminister Nádasdy vertretene Wichtigkeit der legislativ zu entscheidenden Frage in Zweifel zu ziehen und schließlich die Anschauung zu vertreten, daß es doch zweckmäßiger wäre, sich zur Lösung dieser Frage einfach „nur auf § 11 der Verordnung von 1854 zu berufen."[338]) Zweifellos hat auch sie hiebei die hier verfochtene paradigmatische Bedeutung des § 11 für das Polizeistrafrecht nach seinem ganzen Umfang geleitet. Und wäre es dem Justizminister nicht so leicht gewesen, seinem Veto dagegen durch die wenig überzeugende Begründung, „daß alle legislativen Anordnungen, insbesondere aber in Strafsachen möglichst einfach und klar abgefaßt sein sollen, während durch die gegenseitige Beziehung der Verordnungen aufeinander die Deutlichkeit und allgemeine Fasslichkeit des Gesetzes sowohl für die Gerichte (?) und Behörden als vorzugsweise für das Publikum, da das bezogene Gesetz nicht gerade Jedermann zur Hand sein kann, wesentlich leide"[339]) — Geltung zu verschaffen und so den Sieg über die beiden Chefs der höchsten Verwaltungsstellen davonzutragen, dann hätte man gewiß von der monströsen Ausführlichkeit dieser Verordnung Abstand genommen.

Mit dieser Bestimmung, die bestehenden leges imperfectae durch eine Strafsanktion zu leges perfectae zu gestalten und hiebei die Grenzen des anwendbaren Strafausmaßes festzusetzen, steht die Verordnung in einem ausgeprägten Gegensatz zum Begriff des Blankettstrafgesetzes.[340]) Denn gerade umgekehrt gehört es zu dessen Wesen, selbst ergänzungsbedürftig zu sein und seinen Inhalt erst von den seiner Ausfüllung dienenden Normen zu empfangen, während dort uns die bereits bestehenden Vorschriften als das ergänzungsbedürftige Substrat entgegengetreten sind.

Es herrscht ferner so gut wie eine Stimme darüber, daß das Blankettstrafgesetz ganz wesentlich dadurch charakterisiert wird, daß darin die Aufstellung der pönalisierten Norm andern Gewalten vorbehalten sein muß[341]) und nicht vom Gesetzgeber ausgehen darf.[342]) Anderseits muß aber auch die Strafsatzung Monopol des Blankettstrafgesetzgebers bleiben. In dieser Hinsicht ist er souverän und duldet keine andern Götter neben sich. Mit diesen Besonderheiten des Blankettstrafgesetzgebers tritt nun die in Rede stehende Verordnung in auffallenden Konflikt, indem sie, selbst aus dem unten noch zurückzuweisenden Gesichtspunkt ihrer Wirksamkeit pro futuro betrachtet, gerade den politischen Behörden nicht nur den Erlaß der Norm zugesteht, sondern ihnen vielmehr auch die Möglichkeit der Strafsatzung aus eigener Machtvollkommenheit vorbehält,[343]) und ferner auch Normen pönalisieren zu wollen erklärt, die aus dem ureigenen Gebiet des Gesetzgebers stammen.

---

[338]) Akt. d. Min. d. Inn.

[339]) Als völlig verfehlt erweist sich auch die daran sich knüpfende Bemerkung, daß die Verordn. v. 54 und implicite auch § 11 nur „die Bestrafung der Widersetzlichkeit gegen die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisse der politischen und Polizeibehörden betreffe." (Akt. d. Min. d. Inn.).

[340]) S. Binding Handbuch S. 180 Anm. 15.

[341]) S. u. a. v. Liszt Lehrbuch S. 89, Lammasch Grundriß S. 8, M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 117.

[342]) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Neumann, Das Blankostrafgesetz, Breslau 1908, S. 16 ff. — A. M. Žolger a. a. O. S. 218 Anm. 2.

[343]) Auch Žolger a. a. O. S. 219 erkennt an, daß es dem Wesen der Blankettstrafvorschrift widerstreitet, die Frage der Strafsanktion der Machtsphäre und der Willensbestimmung der verordnenden Behörde zu überlassen.

Es wird endlich auch als eine innerlich begründete Forderung anzuerkennen sein, daß die Blankettstrafbestimmung das spezielle Lebengebiet, zu dessen Regelung die pönalisierte Norm bestimmt ist, wenigstens andeutungsweise bezeichne, substantiiere. Treffend bemerkt Binding[344]) dazu: „Ein Blankettgesetz ohne einen wenn auch noch so vagen Tatbestand läßt sich nicht denken." Dieser Forderung genügt aber die Verordn. v. 57 auch nicht im entferntesten, indem sie ganz allgemein Handlungen oder Unterlassungen vor Augen hat, „die aus polizeilichen oder anderen öffentlichen Rücksichten als gesetzwidrig erklärt sind",[345]) — und damit verleugnet sie ganz unzweideutig die dem Blankettstrafgesetz eigentümliche Funktion als ultimum auxilium, zu dem der Gesetzgeber notgedrungen nur dann greift, wenn sich ihm die Erkenntnis unabweisbar aufdrängt, daß er dem reichen, täglich neue Erscheinungen erzeugenden Leben der Verwaltung durch seine eigenen mehr auf Stabilität berechneten Willenserklärungen nicht gerecht zu werden imstande ist.[346])

Aus diesen Ausführungen scheint sich uns mit Evidenz zu ergeben, daß mit der auf die „bestehenden Gesetze oder von den Behörden innerhalb ihres Wirkungskreises erlassenen Verordnungen" beschränkten komplementären und die bisher ungebundene Strafgewalt limitierenden Funktion[347]) nicht allein die Bedeutung der Verordn. v. 57 erschöpft, sondern zugleich auch ihre Wirksamkeit pro futuro zweifellos abgelehnt ist.[348]) Sie schließt mit andern Worten mit der Vergangenheit schlechthin ab, will nur in praeteritum wirken und kommt für die ihrem Inkrafttreten folgende Zeit nur noch insoweit in Betracht, als die Polizeistrafpraxis auf ältere Gesetze und Verordnungen, die nicht mit einer Strafsanktion ausgestattet sind, zurückzugreifen bemüssigt ist. Freilich bleibt es dieser unbenommen, ihre Normen, wie es oft geschieht, mit der in der Verordn. v. 57 enthaltenen Strafsanktion unter ausdrücklicher Berufung darauf auszustatten. Dieser Vorgang ist aber in rechtlicher Beziehung ganz belanglos und läuft nur auf eine zur Festigung der Autorität der Norm dienende Verbrämung hinaus. Vom modernen formellen Gesetz dagegen ist zu verlangen, daß es die Strafsatzung, sei die von ihr zu bewehrende Norm auch polizeilicher Natur, klar und unzweideutig zum Ausdruck bringe und sich nicht damit bescheide, weltfremd, „wie ein irrender Körper" auf die Suche nach seiner Seele in einer Blankettstrafvorschrift zu gehen.[349])

---

[344]) Normen I. S. 185, vgl. ferner Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, 1897, S. 58.

[345]) Hiebei ist der Ausdruck „gesetzwidrig" in jenem weitern Sinne zu verstehen, in dem „Gesetz" als die im einzelnen Falle zur Anwendung gelangende Norm aufgefaßt zu werden pflegt. S. auch Žolger a. a. O. S. 222.

[346]) Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 182: „Das Blankettstrafgesetzsystem (ist) nicht etwa Normaleinrichtung, sondern Notbehelf."

[347]) Auch hier gelangt diese Funktion überdies noch in der Bestimmung zum Ausdruck, daß die nach dieser Verordn. zu verhängende Strafe niemals höher sein darf, als die Strafandrohung für verwandte Kriminaldelikte.

[348]) S. auch den oben Anm. 337 zit. a. u. Vortrag d. Justizmin. Nádasdy: „Das Justizministerium selbst war jedoch hiebei von der Überzeugung ausgegangen, daß die Erlassung einer solchen Verordnung nicht nur zur Ausfüllung einer unverkennbaren Lücke der Strafgesetzgebung, sondern zur Beseitigung jeder Willkür von Seite der Behörden bei Verhängung arbiträrer Strafen und zur Erzielung eines möglichst übereinstimmenden Benehmens in Strafsachen notwendig sei."

[349]) A. M. offenbar Žolger a. a. O. S. 218 Anm. 1. — Dem im Texte erwähnten Erfordernis wird gewiß nicht gerecht § 5 d. Ges. v. 24. Mai 1885

Dagegen ist mit Żolger die Unstatthaftigkeit jener in zahlreichen von den Behörden erlassenen Verordnungen enthaltenen Strafsanktionen anzuerkennen, die sich nicht in den Grenzen der allgemeinen Polizeistrafe bewegen. Doch scheint es uns nicht ganz richtig, diese Unzulässigkeit auf das Reichsvertretungsgesetz v. 21. Dezember 1867 zu fundieren,[350]) weil sich dieses, wenn es auch die Regelung des Polizeistrafrechts dem Gesetzgebungswege vorbehält, gegenüber der Ausübung der polizeilichen Strafgewalt ebenso indifferent verhält, wie gegenüber dem polizeilichen Strafverordnungsrecht.[351]) Nach unserer Auffassung bietet vielmehr die Verodn. v. 54 allein den gültigen Maßstab für die an ein Polizeidelikt zu knüpfende Straffolge.[352]) Die Verordn. v. 57 hingegen hat nichts in dem Zustand geändert, daß die Polizei auch noch weiterhin strafen kann, ohne vorher speziell die straffällige Handlung mit Strafe bedroht zu haben.[353])

Es bleibt noch die Frage zu erledigen, in welchem Verhältnis die nach der Verordn. v. 57 zu verhängende Strafe zu der gerichtlichen Strafe steht. Nach dem Beisatz, daß sie nur insofern Platz zu greifen habe, als das allgemeine Strafgesetz keine Anwendung finde, stellt sich dieses Verhältnis als das der Subsidiarität dar. Es steht sonach eine

---

Nr. 89 RGBl., womit strafrechtliche Bestimmungen in Betreff der Zulässigkeit der Anhaltung in Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten getroffen werden, wo kurz verfügt wird: „Die Bestrafung der Frauenspersonen, welche mit ihrem Körper unzüchtiges Gewerbe betreiben, ist der Sicherheitsbehörde überlassen.“

[350]) So Żolger a. a. O. S. 227 f., für den offenbar „die subsidiär eintretende allgemeine Strafsanktion d. Min.-Verordn. v. J. 1857“ die hinreichende Grundlage bietet. Dabei ist aber ganz übersehen, daß diese Verordn. mit einem ganz selbständigen Strafsatzungsrecht der Behörden rechnet, das sie selbst offenbar gar nicht zu beseitigen beabsichtigt, argum. a contrario aus: „ohne daß in den darüber erlassenen Vorschriften eine bestimmte Strafe dagegen bestimmt erscheint.“

[351]) Man ist sich heute darüber einig, daß § 11 des Reichsvertretungsges. nur eine Begrenzung der Reichsgesetzgebung gegenüber der Landesgesetzgebung intendiert, und daß dadurch der Handhabung des Verordnungsrechtes innerhalb der dort angemerkten materiellen Richtungen staatlicher Tätigkeit kein Eintrag geschehen sollte. (S. dazu den Regierungsentwurf im Zusammenhalt mit dem Bericht des Verfassungsausschusses: Die neue Verfassungsgesetzgebung Österreichs, erläutert aus den Reichsratsverhandlungen, I. Wien 1868, S. 111 ff.). Es bedeutet daher auf Seite Żolgers, in dem wir den freimütigsten Verfechter eines selbständigen Verordnungsrechtes der österr. Verwaltung kennen gelernt haben, eine Inkonsequenz, wenn er für das österr. Recht die Anschauung vertritt, daß die Polizeistrafsatzung grundsätzlich Sache des Gesetzes im formellen Sinne des Wortes sei und für jede in einer Verordn. enthaltene Strafbestimmung, die nicht als eine unmittelbare Satzung des Gesetzes erscheint, eine Delegation des Strafandrohungsrechtes fordert. Wir glauben aber, daß es doch einer exakten Formulierung dieses staatsrechtlichen Fundamentalsatzes, wonach Strafen nur in Gemäßheit (en vertu) eines Gesetzes angedroht und verhängt werden können, bedarf, um ihn dem positiven Rechte beizuzählen. Die Vorgänge in andern Staaten belehren uns ganz ausreichend darüber. (Vgl. dazu Arndt Verordnungsrecht S. 158, ders., Über den Rechtsgrund der Strafen, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, XXI., S. 266). — So führt denn auch Żolger ibid. S. 225 selbst zahlreiche Verordnungen an, für deren Strafsanktionen sich weder eine Delegation noch eine bezügliche Blankettstrafbestimmung als gesetzliche Grundlage finden lasse. S. auch Ferd. Schmid a. a. O. S. 446.

[352]) S. aus der zahllosen Menge von Belegen z. B. § 19 d. Verordn. d. Min. d. Inn. u. d. oberst. Polizeibehörde v. 15. Februar 1857 Nr. 33 RGBl., ferner auch Österr. Rechtslexikon, III. Art.: „Polizeistrafrecht“, Lienbacher Polizeistrafrecht passim und Mayrhofers Handbuch I. S. 360 Anm. 2.

[353]) Vgl. Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht S. 124 mit Bezug auf den der Verordn. v. 57 analogen § 25 II. 20 ALR.

subsidiäre Strafsanktion für alle bereits bestehenden Gesetze und Verordnungen in Frage, welche keine Sanktion des in ihnen ausgesprochenen Verbots oder Gebots enthalten. Konstituiert also der real vorliegende Tatbestand ein dem StGB. unterfallendes Delikt, dann tritt die Strafe der Verordn. v. 57 zurück, ihrem rein subsidiären Charakter gemäß der Justizstrafe das Feld räumend. Daß aber dann gleichwohl noch immer für die eigentliche Polizeistrafe Raum bleibt, ist schon oben des Näheren ausgeführt worden.

Diese Differenzierung zwischen der reinen Polizeistrafe und der nach der Verordn. v. 57 anwendbaren Strafe mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Sie hat aber sachliche Gründe für sich. Denn mögen diese beiden Strafarten auch in der Mehrzahl der Fälle gemeinsame Kriterien an sich tragen, die sie einander in ihren wesentlichen Funktionen ganz bedeutend nahe bringen, ihre offenbare Divergenz an andrer Stelle berechtigt uns zu dieser Unterscheidung, die nur den realen Verhältnissen Rechnung zu tragen bestrebt ist.

Das hervorstechendste Merkmal, das sie miteinander verbindet, ist die Identität der zu ihrer Verhängung berufenen Behörden. In beiden Fällen sind es die in der Verordn. v. 3. April 1855 Nr. 61 RGBl. bezeichneten politischen Behörden. Wie wenig aber die Art der Kompetenzregelung für den Charakter der Strafe und des Delikts zu entscheiden vermag, hat bereits oben seine nähere Erörterung gefunden.

Es erübrigt sohin nur noch, zu Gunsten der auch die Praxis beherrschenden Auffassung der nach der Verordn. v. 57 zu verhängenden Strafe als allgemeine Polizeistrafe in Betracht zu ziehen, daß die Verbote, auf deren Übertretung sie angedroht ist, aus polizeilichen oder andern öffentlichen Rücksichten erlassen sein müssen. In diesem Sinne geht auch Žolger bei der sachlichen Analyse der Verordn. von der Unterscheidung der Anwendbarkeit ihrer Strafe auf Handlungen oder Unterlassungen aus, welche 1. bereits durch die bestehenden Gesetze oder Verordnungen als strafbar oder 2. aus polizeilichen oder andern öffentlichen Rücksichten als gesetzwidrig erklärt sind.

Fassen wir jedoch zunächst die 2. Gruppe dieser Handlungen ins Auge, so wird sich nicht schwer nachweisen lassen, daß diese so emphatisch betonten, prinzipiell auch auf die Straffolge projizierbaren „polizeilichen oder anderen öffentlichen Rücksichten" nur wenig wertvolle dekorative Embleme sind, mit denen eine ernste juristische Betrachtung nicht lange operieren kann. Denn als völlig verfehlt muß sich die Anschauung erweisen, die nur die öffentlich-rechtlichen Normen für den Geltungsbereich der Verordn. v. 57 reklamiert und die sog. „Privatrechtsgesetze" als nicht darunter fallend bezeichnet.[354])

Wir wissen, wie wenig zuverlässig sich die Grenzen zwischen dem öffentlichen und dem bürgerlichen Rechte ziehen lassen, und wie vergeblich sich das Bemühen erwiesen hat, die Grenzpfähle zwischen diesen beiden Rechtsgebieten mit der wünschenswerten Schärfe und Bestimmtheit abzustecken.[355])

---

[354]) So Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechts, 3. Aufl. 1899, I., S. 414 Anm. 4.

[355]) Vgl. u. a. v. Sarwey Das öffentliche Recht S. 98, Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, 1902, S. 242 ff., Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897, S. 29, neuestens Spiegel Verwaltungswissenschaft S. 141 ff.

Wie nahe auch die aus dem Gewirre der Theorien hervorragende herrschende Lehre, die die Entscheidung danach, ob die einzelne Norm formell dem öffentlichen oder Privatrecht angehört, mit Entschiedenheit ablehnt und das Übergewicht der einschlagenden Interessen des Gemeinwesens oder des Einzelnen als ausschlaggebend anzusehen pflegt,[356]) der endlichen Lösung der Frage gerückt sein mag, stets war man genötigt, ein schlechthin zweifelhaft bleibendes Gebiet anzuerkennen, dem gegenüber man sich sagen mußte, daß in den dahin einschlagenden Rechtsverhältnissen private und öffentliche Beziehungen ganz ununterscheidbar verquickt sind. Auch dort, wo lediglich Privatrechtsverhältnisse im Sinne der herrschenden Ansicht in Frage stehen, wo scheinbar einzig und allein der individuelle Willenskreis sich andern Individuen gegenüber durchzusetzen sucht, und die Wirkungen der konkreten Normwidrigkeit sich im allgemeinen innerhalb der Sphäre der Interessen des verletzten Einzelnen zu verlaufen scheinen, begegnen wir doch in einem mehr oder weniger nahen Hintergrund ganz deutlich erkennbaren Rücksichten des gemeinen Wohles und der öffentlichen Ordnung, durch die allein sich die beschränkende Einwirkung der Norm auf die für autonom angesehene Rechtssphäre des Individuums rechtfertigen läßt. Es ist daher völlig unmöglich, irgend eine Norm begrifflich ausschließend auf das Einzelinteresse im Gegensatz zu dem Gemeininteresse zu beziehen, weil jede Willensäußerung des Staates zuletzt auf sein Lebensprinzip, d. i. das Gesamtinteresse zurückzuführen ist. Man denke nur an die Normen des Eherechts, an § 364 abGB., wo am klarsten der Gedanke ausgesprochen ist, daß das Privateigentum nur so benützt werden darf, daß die Interessen des gemeinen Wohles nicht beeinträchtigt werden, an die gewiß von öffentlichen Rücksichten nicht unberührte Alimentationspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 141 abGB.),[357]) nicht zuletzt an die zahlreichen Einschränkungen, denen die Vertragsfreiheit innerhalb des weitgestreckten Gebiets des bürgerlichen Rechtes ausgesetzt ist (Unwirksamkeit der Verträge contra bonos mores, §§ 878 f., 1174 abGB.). Wer wollte weiter dabei sich beruhigen, daß nur die Übertretung von „aus öffentlichen Rücksichten“ erlassenen Verboten straffällig machen könne? Liegen doch solche Rücksichten allen soeben nur wahllos herausgegriffenen Normengruppen zu Grunde, so daß sich für das geltende österr. Recht ohne Bedenken eigentlich der Grundsatz aufstellen läßt, daß jede Normübertretung Strafe nach sich zieht.[358]) Seine Legitimation erhält dieser aus der Verordn. v. 57 deduzierte Satz noch überdies durch das aller-

---

[356]) S. u. a. vor Allen Ihering, Geist. d. röm. Rechts, III., § 60 und Zweck im Recht, I., S. 43 ff., Gareis, Allgem. Staatsrecht, Marquardsens Handbuch des öffentl. Rechts, I. 1., S. 7, Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 372 ff., Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage, Annalen des Deutschen Reichs, 1884, S. 346 ff.

[357]) S. Glaser, Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht, I. 1858, S. 320, wo zur Durchsetzung dieser Pflicht polizeiliche Zwangsmaßregeln als zweifellos zulässig angeführt werden.

[358]) So hat denn auch die Praxis ohne jede weitere Grundlage z. B. schlechthin ein Polizeidelikt der fahrlässigen Beschädigung fremden Eigentums anerkannt (s. Die Polizeiverwaltung Wiens im Jahre 1878, zusammengestellt und herausgegeben von dem Präsidium der k. k. Polizeidirektion. Wien 1880, S. 132 Ziff. 18), ein Vorgang, der sich kaum immer durch öffentliche Rücksichten rechtfertigen lassen wird. — Auch hier ist uns die Anführung weiterer Belege aus der Verwaltungsübung deshalb leider versagt, weil sie nur selten das Licht der Öffentlichkeit erblicken.

dings verschollene, jedoch in unbestreitbarer Geltung noch stehende Hofdekr. v. 7. Jänner 1813 Nr. 1022 JGS.,[359]) [360]) das jede Gesetzesübertretung für strafbar erklärt, indem sie wenigstens arbiträre Strafe nach sich ziehen kann, gleichgültig ob ihre Ausgleichung schon mit den der Zivilrechtspflege zu Gebote stehenden Mitteln erreichbar ist oder nicht.

Mit dieser Erkenntnis aber, daß die „polizeilichen oder anderen öffentlichen Rücksichten" kaum geeignet sind, die angeblich aus ihnen fließenden Gebote und Verbote gegenüber den Privatrechtsnormen scharf zu kennzeichnen und sie überhaupt zu einer besondern Normenkategorie zu gestalten,[361]) ist jeder Anhaltspunkt geschwunden, die nach der Verordnung v. 57 zu verhängende Strafe schlechthin als Polizeistrafe aufzufassen. Sie kann Polizeistrafe, muß es aber nicht sein. Ein einziges Beispiel wird dies noch deutlicher machen. Das österr. Rechtssystem kennt außer den in dem StGB. bezeichneten und der Judikatur der Gerichte unterliegenden strafbaren Handlungen gegen die Ehre noch ein Polizeivergehen der sog. Ehrenkränkung,[362]) dessen Strafwürdigkeit sich im Volksbewußtsein tief eingelebt hat, weil es eine wertvolle Ergänzung des durch das StGB. gewährten, ganz unzureichenden Strafschutzes des Rechtsgutes der Ehre bildet. In Ermangelung einer besondern an dieses Delikt geknüpften Strafsatzung ist nun die Praxis der polit. Behörden genötigt, mit Fug auf die subsidiäre Strafe der Verordn. v. 57 zurückzugreifen.[363]) Doch wer wollte verkennen, daß diese Strafe mit der wahren Polizeistrafe so wenig etwas gemein hat, wie das Delikt selbst mit dem reinen Polizeidelikt?

---

[359]) Abs. 2: „Allein da, wo das Gesetz auf die Übertretung keine bestimmte Strafe ausgesprochen hat, ist es dem Befunde der betreffenden Behörde jederzeit überlassen, arbiträre, der Beschaffenheit der Übertretung angemessene Strafen eintreten zu lassen, weil jede Übertretung des Gesetzes eine Strafe nach sich zieht." — Wir glauben nicht fehlzugehen, wenn wir dahinter Sonnenfelsens Geist vermuten. S. ders., Handbuch der inneren Staatsverwaltung, S. 479: „Jedes Gesetz hat die Handhabung irgend eines Theiles der allgemeinen Wohlfahrt zum Zwecke. Jede Übertretung ist daher eine wenigstens antheilsmäßige Verletzung dieser Wohlfahrt." Anders schon Zeiller, Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österr. Erbstaaten, Wien 1806, I., S. 79 f: daß nicht jede Abweichung von einem Gesetze der Androhung einer Strafe bedürfe, und daß als strafbar nur jene dem Rechte schädlichen oder gefährlichen Handlungen erscheinen, bei denen mit Grund zu besorgen sei, daß sie ohne Androhung einer Strafe nicht würden unterlassen werden.

[360]) Wie es bisher in unserer Absicht gelegen ist, in dieser rein auf die Darlegung der wesentlichsten Grundzüge des geltenden Polizeistrafr. beschränkten Untersuchung die kritische Sonde nach Tunlichkeit beiseite zu lassen, so wollen wir es auch hier bei der im Texte enthaltenen Feststellung dieser hervorstechendsten, jede etwa mögliche Grenzziehung zwischen Zivil- und Kriminal-(Polizei)delikt völlig verwischenden Spezialität des österr. Rechtssystems bewenden lassen. — Soviel steht jedenfalls fest, daß Zolger (a. a. O. S. 223) sich mit den Schöpfern der Verordn. v. 57 in handgreiflichem Irrtum befindet, wenn er von den „im allgemeinen als strafbar" erklärten Handlungen solche unterscheiden zu dürfen glaubt, deren Strafbarkeit erst durch die Verordn. v. 57 konstituiert werden soll.

[361]) S. im übrigen Binding Normen S. 96 ff., wo die Norm in allen Fällen ihres Vorkommens ohne Rücksicht auf den Fundort als dem öffentlichen Rechte angehörig und öffentlich-rechtliche Pflichten begründend bezeichnet wird.

[362]) Vgl. oben S. 109 f.

[363]) S. auch E. d. Min. Inn. v. 26. Oktober 1878 Z. 12 301 (Ztschr. f. Verw., 1879, Nr. 23), v. 17. Dezember 1885 Z. 18 669 (ibid. 1886, Nr. 19), v. 2. Februar 1886 Z. 20 914(ibid. 1886, Nr. 33), v. 10. Oktober 1887 Z. 15 013 (ibid. 1888 S. 38), v. 14. Juli 1905 Z. 30 106, v. 29. März 1907 Z. 6244 (ibid. 1907, S. 113).

Der begriffliche Tatbestand der sog. Ehrenkränkung fehlt, so daß als leitender Gesichtspunkt aufzustellen ist: Trägt der konkrete Tatbestand die Artmerkmale keines im StGB. umrissenen Ehrendeliktstypus an sich, ist die Handlung also eine „atypische" im Sinne des StGB., aber gleichwohl doch geeignet, vom naiven Rechtsbewußtsein als Beeinträchtigung der Ehre empfunden zu werden, dann hat sie den Charakter der Ehrenkränkung für sich. Nach geltendem Strafrecht ist dies der Fall, wenn die materiell ehrenrührige Handlung (s. §§ 487 ff. StGB.) sich nur vor einer oder keiner vom Beleidigten verschiedenen Person, also „unter vier Augen", insbesondere aber an einem nicht-öffentlichen Orte abspielt.[364]) Zutreffend bezeichnet daher die Erläuterung der Strafgesetzgebungs-Hofkommission v. 21. Jänner 1805 die hieher gehörigen Fälle als „einfache tätige Privat-Injurien". Mit dieser grundsätzlichen Ausschaltung des Kriteriums der Öffentlichkeit geht aber auch der polizeiliche Charakter des Delikts sowohl als auch der nach der Verordn. v. 57 zu verhängenden Strafe verloren, und man wird sich vielmehr dafür entscheiden müssen, anzuerkennen, daß Delikt und Strafe weit eher kriminelle Natur als polizeiliche haben.[365])

---

[364]) Hierher gehören nach der konstanten, die Kompetenz der Gerichte prinzipiell ablehnenden Judikatur des Kassationshofes insbesondere briefliche Beleidigungen (s. u. a. E. v. 13. Mai 1852, 2. Dezember 1856 Z. 11 672, 22. August 1865 Z. 6974 [zit. bei Prucha a. a. O. S. 542], ferner die E. v. 10. Mai 1898 Z. 6725, v. 10. Okt. 1899 Z. 15 053, v. 22. Januar 1901 Z. 868 (Nowaksche Sammlung Nr. 2203, 2398, 2549).

[365]) Man denke ferner an das Polizeivergehen der „körperlichen Verletzung" (§ 1339 a BGB.). Im Zusammenhalt mit § 411 StGB., der vorsätzliche und die bei Raufhändeln vorkommenden körperlichen Beschädigungen, wenn sich darin keine schwerer verpönte Handlung erkennen läßt, sofern sie aber wenigstens sichtbare Merkmale und Folgen nach sich gezogen haben, für eine der Judikatur der Gerichte unterliegende Übertretung erklärt, ergibt sich, daß nur solche körperliche Verletzungen als Polizeivergehen zu behandeln sind, welche keine sichtbaren Merkmale und Folgen zurückgelassen haben. (So auch Verordn. v. 19. Julius 1796 Z. 12, zit. bei Barth-Barthenheim a. a. O. III. S. 130, ferner Dekr. d. Nied.-Österr. Reg. v. 11. Junius 1812). Aber auch in dieser Richtung muß die oben dargelegte Einschränkung Platz greifen, daß die körperliche Verletzung nicht öffentlich oder vor mehreren Leuten vor sich gegangen sein darf, weil andernfalls der Tatbestand des § 496 StGB. vorläge, der bestimmt: „Wer jemanden öffentlich oder vor mehreren Leuten mißhandelt..... oder laut und um gehört zu werden, mit Mißhandlungen bedroht, ist, wenn sich darin nicht eine schwerer verpönte strafbare Handlung darstellt, einer (Gerichts-) Übertretung schuldig." — Hingegen ist es durchaus verfehlt, wenn die politischen Behörden unter Berufung auf die nur die privatrechtliche Verantwortlichkeit vor Augen habende Bestimmung des § 19 a. b. G. B.: „Wer sich mit Hintansetzung derselben (sc. der durch die Gesetze bestimmten Behörde) der eigenmächtigen Hülfe bedienet, oder, wer die Gränzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür verantwortlich" — im Prinzip d. h. ohne Rücksicht darauf, ob öffentliche Interessen berührt werden, ein Polizeidelikt der Selbsthilfe konstruieren zu können glauben (s. u. a. E. d. Min. Inn. v. 17. Nov. 1869 Z. 13 899, Z. f. Verw., 1870 Nr. 2, S. 8, ebenso Entsch. d. Ob.-Land.-Ger. Prag v. 20. Okt. 1868 Z. 32 602, entgegengesetzt E. d. Statthalt. Graz v. 5. Okt. 1865 Z. 16 168; vgl. dazu Krainz-Pfaff-Ehrenzweig a. a. O. I. S. 414, II. S. 327 f., Prucha a. a. O. S. 542 ff., Feuerbach-Mittermaier, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, S. 320 Nr. II, Kitka in Wagners Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit 1830, II., S. 199; zweifelhaft Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechts, 5. Aufl. II., S. 342 Anm. 15). Dabei wird nämlich übersehen, daß die diese Praxis vermeintlich rechtfertigenden Hofdekrete v. 14. Februar 1811, 5. Dezember 1812, 26. November 1824 nicht die eigenmächtige Selbsthilfe als solche, sondern vielmehr die durch eigenmächtige Selbsthilfe etwa entstandene Störung der öffentlichen Ordnung im Auge haben.

Die Bedeutung dieser Feststellung wird in ihrem vollen Umfang erst in einer systematischen Darstellung des österr. Polizeistrafrechts hervortreten, die sich neben dem in dieser Untersuchung behandelten Begriff des materiellen Polizeidelikts auch mit dem der Polizeidelikte im formellen Sinne zu befassen haben wird, wozu alle der Kompetenz der polit. Behörden überwiesenen Verletzungs- und Gefährdungsdelikte (z. B. vielfach Feld- und Forstfrevel) zu zählen sind, die sich der streng rechtlichen Betrachtung als dem gemeinen Strafrecht zugehörig erweisen.

Mit dieser Erörterung liegt unsere Aufgabe beschlossen da. Weil es sich in dem beschränkten Rahmen dieser Untersuchung nur darum handeln konnte, die allgemeinen Gesichtspunkte, die das geltende österr Polizeistrafrecht beherrschen, in einer mehr summarischen Übersicht darzulegen, hat sich für uns von vornherein die Notwendigkeit ergeben, auf die Stellungnahme zu andern dogmatischen Fragen schlechthin zu verzichten. Noch weniger war es möglich, ein vollständiges Bild des österr. Polizeistrafrechts zu geben. In dieser Hinsicht müssen wir es uns hier genügen lassen, auf die einem andern Zusammenhang vorbehaltene systematische Darstellung der einschlagenden Materie zu verweisen. Und weil es sich uns nur um die Darstellung der Grundzüge des g e l t e n d e n Rechtes handelte, dessen Wurzeln wir als in einer scheinbar längst vergangenen Epoche des Staatslebens ruhend nachgewiesen haben, waren auch die Postulate der neuesten Reformbewegung nicht weiter in Betracht zu ziehen.[366])

Doch glauben wir mit dieser vorläufigen Orientierung neben der ganz gewichtigen Feststellung, daß das österr. Polizeistrafrecht mit seinen alten Grundgedanken aus dem Zeitalter des Polizeistaats in das des Rechtsstaates hinübergeschritten ist, auch schon in ausreichendem Maße dargetan zu haben, daß das österr. Recht sich dem das 19. Jahrhundert beherrschenden, die Polizeidelikte dem generellen Deliktsbegriff unterwerfenden Entwicklungsprozeß zu entziehen verstanden und es unmißverstehbar unternommen hat, den als bereits bestehend anerkannten generischen Unterschied zwischen Polizeistrafrecht und Justizstrafrecht legislatorisch zu

---

[366]) Am schwersten fällt uns dieser Verzicht auf eine eingehendere Untersuchung gegenüber der neuern Deliktsobligationstheorie G o l d s c h m i d t s (Mitteilungen XII S. 230 ff.), die wohl noch nicht als abschließendes Resultat seiner anregenden Ausführungen angesehen werden kann. Ein ganz fruchtbarer Kern für die Ausgestaltung dieser Lehre scheint uns, ganz abgesehen von dem Submissionsverfahren, u. a. in dem Waffenpatent v. 24. Okt. 1852 zu stecken, wo das Strafrecht der Polizei in ganz eklatanter Weise in freier Einigung mit dem Straffälligen ausgeübt, und diesem in der Tat eine rein subjektive Strafpflicht auferlegt wird, die freiwillig zu erfüllen bezw. zu modifizieren in seiner Macht liegt. Es mag genügen, wenn hier einfach der Wortlaut der einschlagenden Bestimmungen angeführt wird. § 25: „Wird jemand bei gesetzwidrigem Waffentragen betreten, oder besitzt er zwar einen Waffenpaß, vermag er aber denselben nicht vorzuweisen, so ist ihm in einem und dem anderen Falle die Waffe sogleich abzunehmen, und er zu deren unweigerlichen Abgabe verpflichtet." § 39: „Fällt jemandem nichts weiter zur Last, als daß er sich gegen die Vorschrift des § 24 mit dem erforderlichen Waffenpasse bei seiner Betretung nicht auszuweisen vermochte, so ist ihm, wenn er diesen nachträglich beibringt, oder im Falle des Verlustes darzutun vermag, daß er einen noch in Wirksamkeit stehenden Waffenpaß besessen habe, die abgenommene Waffe (§ 25) g e g e n E r l a g e i n e s, v o n d e r f ü r d i e A u f r e c h t e r h a l t u n g d e r ö f f e n t l i c h e n S i c h e r h e i t b e s t e l l t e n B e h ö r d e o h n e Z u l a s s u n g e i n e r B e r u f u n g a u s z u s p r e c h e n d e n S t r a f b e t r a g e s v o n e i n e m b i s f ü n f G u l d e n w i e d e r z u r ü c k z u s t e l l e n."

verwerten, endlich daß daher das Polizeistrafrecht nicht verträgt, in die Fesseln des gemeinen Strafrechts geschlagen zu werden.

Auch über die praktische Unerträglichkeit und theoretische Unhaltbarkeit des herrschenden Rechtszustands wird kaum ein Zweifel mehr übrig geblieben sein. Daß sich erstere freilich im täglichen Leben weit weniger fühlbar macht, und sich dieser Zustand noch bis auf den heutigen Tag erhalten konnte, hat seinen Grund darin, daß einerseits das Volksempfinden durch polizeideliktische Handlungen mit Rücksicht auf deren unleugbar geringere Abträglichkeit für die sozialen Interessen nicht tiefer berührt wird, anderseits der an sich geringfügigen, ohne jede Rechtswirkung eintretenden Polizeistrafe unter allen Umständen der entschiedene Vorzug vor der immerhin einen Makel zurücklassenden gerichtlichen Strafe gegeben zu werden pflegt.[367] Nicht zuletzt ist es der altbewährte Takt der polit. Behörden, der gepaart mit würdigem Geiste des Ernstes und der Milde jener allgemeinen polizeilichen Pflicht ein wenig drückendes Maß und Ziel gibt und auf diese Weise, schwere Konflikte mit den Einzel-Interessen vermeidend, ihr Walten tunlichst wenig fühlbar macht.

Die theoretisch-technische Unvollkommenheit aber tritt aus allen Fugen des dürftigen Notgerüstes hervor. Wohl lehrt die moderne Verwaltungsrechtswissenschaft,[368] daß die Polizei wie jede andre Staatstätigkeit den Grundsätzen des Verfassungs- und Rechtstaates folgen müsse. Demgegenüber wird wohl die Frage am Platze sein: Woher sollte man denn diese Grundsätze nehmen, wenn sie das positive Recht nicht liefert? Die aus der Rechtsvergleichung etwa zu abstrahierende Schablone kann den Rechtstitel dafür nicht bieten. Beweis dessen, daß die österr. Staatsverwaltung in Theorie und Praxis, weil einerseits die von der modernen Staatsrechtswissenschaft mit aller Schärfe vorgetragene Doktrin, daß bindende Rechtsbefehle nach Voraussetzung und Inhalt nur im Wege der Gesetzgebung oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung aufgestellt werden können, sie um ihr Lebenselement zu bringen drohte, anderseits die Regierung doch ein weitgehendes Verordnungsrecht ohne Widerspruch seitens der gesetzgebenden Körperschaften auszuüben pflegt, einem gesunden wissenschaftlichen Realismus huldigend, zur Konstruktion eines selbständigen Verordnungsrechtes greifen mußte, das aber nicht um vieles klangvoller wirkt, als die unbeschränkte Verordnungsgewalt polizeistaatlichen Genres. Und dann! was scheidet uns heute, da wir den rechtsstaatlichen Geist so ganz in uns aufgenommen haben, von jener polizeistaatlichen Auffassung, die die Kundgabe ihrer Verwaltungstendenzen als reine Ermessenssache, als Ausfluß des freien Beliebens anzusehen gewohnt war?[369] Nichts weiter als die durch die Verfassungsgesetzgebung gebotenen Verheißungen, die sich diesen Charakter durch bereits mehr als

---

[367] Schon treffend betont von v. Lilienthal, „Polizeistrafverfahren" in Holtzendorffs Rechtslexikon, III.

[368] S. statt Aller O. Mayer Deutsch. Verwaltungsr. I. S. 250.

[369] Als mit der rechtsstaatlichen Ordnung vollkommen vereinbar erachtet diesen Zustand freilich selbst Montesquieu, De l'esprit des lois, III. livre 26, chap. 24: „Dans l'exercice de la police, c'est plutôt le magistrat qui punit que la loi; dans les jugemens des crimes, c'est plutôt la loi qui punit que le magistrat. Les matières de police sont des choses de chaque instant, et ou il ne s'agit ordinairement que de peu : il ne faut donc guère de formalités. Les actions de la police sont promptes, et elle s'excerce sur des choses qui reviennent tous les jours : les grandes punitions n'y sont donc pas propres. Elle s'occupe perpétuellement de détails: les grands exemples ne sont donc point faits pour elle. Elle a plutôt des reglemens que des lois. Les gens, qui relèvent

vier Dezennien bewahrt haben.[370]) Warum sollte aber nicht auch in diesem Teile des öffentlichen Rechtes, das noch weit davon entfernt ist, alle privatrechtlichen Krücken abgeworfen zu haben, jener das Privatrecht beherrschende Satz Geltung beanspruchen können, daß bloße Erwartungen oder Hoffnungen, Rechte zu erwerben, noch nicht konkrete Rechte sind?

Sollten wir daher denn doch nicht eher freimütig zugestehen, daß wir der Verwirklichung dieser Verheißungen im höchsten Maße bedürfen, als daß wir in arger Selbsttäuschung noch länger eine rechtlich nicht näher präzisierte und jeder Rechtskontrolle entbehrende Gebundenheit der Verwaltungsbehörden an freiwillig sich auferlegte und beobachtete oder äußersten Falles ihnen von widerstreitenden Theorien vorgezeichnete Schranken anerkennen? Denn wo liegt schließlich die Gewähr dafür, und wer waltet darüber, daß die polit. Behörden nicht ein und das andere Mal, mehr den politischen Prinzipien und wechselnden Stimmungen der Verwaltung folgend, aus ihrer Rolle fallen und über diese lockern Stränge schlagen, wenn die salus publica, sei es wirklich oder vermeintlich, den Bruch dieser selbst aufgerichteten Schranken fordert?[371]) Es ist an der Zeit, glauben wir, daß die Wissenschaft, deren Worte nur selten ungehört zu verhallen pflegen, in bewußter Initiative doch endlich auf die Erfüllung der aus der Verfassungsgesetzgebung erwachsenen, innerlich berechtigten Forderungen dringt und so zur harmonischen Ergänzung des Torsos, dessen edlen Gliederbau das vergangene Zeitalter nicht zu vollenden vermochte, es auf sich nimmt, auf diese Weise die Trümmer überlebter Rechtszustände für alle dauernden Zeiten beiseite zu schaffen.

Diese Erfüllung muß um so leichter werden, als wir keines Neubaus von Grund aus bedürfen, sondern nur eines Ausbaus auf dem festgefügten Fundament der Verfassungsgesetzgebung. Denn der im Deutschen Reiche unter Führung O. Mayers und Goldschmidts als Rufern im Streite entbrannte Kampf um die Verselbständigung des Polizeistrafrechts braucht hier nicht weiter ausgefochten zu werden. Er ist bereits zu Gunsten des Verwaltungsrechtes entschieden. Die dort erst um ihre Anerkennung in der Gesetzgebung ringenden Forderungen der Verwaltungsstrafrechtstheorie, die den von der herrschenden Doktrin geleugneten begrifflichen Gegensatz zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht erst zu rekonstruieren bemüht ist, sind in Österreich in ihren Keimen bereits verwirklicht, die nur der organischen verfassungsmäßigen Entwicklung bedürfen, um die schönsten Blüten zu treiben. Die nächste unverrückbare Aufgabe liegt daher nur in der Individualisierung und Verinnerlichung des Polizeistrafrechts in dem Sinne, daß seiner Besonderheit in den juristischen Grundideen der ganze innere Aufbau anzupassen ist; an diesem Punkte wird aber alle Kraft einzusetzen sein.

---

d'elle sont sans cesse sous les yeux du magistrat; c'est donc la faute du magistrat s'ils tombent dans des excès."

[370]) S. Gneist, Verwaltung Justiz Rechtsweg, 1869, S. 353: „Es ist aus dem Polizeistaat in der Tat nicht herauszukommen, solange die deutsche Gesellschaft ihre halbfertigen legislatorischen Gedanken nur in Resolutionen, sogenannten „Grundrechten", zu formulieren weiß, ohne an die ausführenden Organe und an die Rechtscontrollen zu denken."

[371]) Schon in der Blütezeit des Polizeistaats hatte der Satz gegolten, „daß wenn das Politische auch unparteiisch sei, so werde es doch selten dafür gehalten" (so im Votum der Hofräte Froideko, Frhr. v. Conforti und v. Nikorowicz zu der Frage, wie weit über politische Straferkenntnisse der Rechtsweg offen zu lassen sei, Akt. d. Justizmin.). S. ferner Mittermaier Strafgesetzgebung I. S. 236.

Das Verfahren bei der Vollstreckung des Verweises. Die Identität von „Verweis“ und „Mahnung“ als Zuchtmittel und die Notwendigkeit der Aufhebung des Verweises als Kriminalstrafe durch den Entwurf der StPO.

Von Landrichter Dr. Jaritz aus Verden (Aller).

§ 1.

Die Vollstreckung des Verweises hat in einem besonderen nichtöffentlichen Termine zu erfolgen.

Der Verweis kann nach unserem StGB. schriftlich oder mündlich erteilt werden. Während das Reichsgericht (Bd. 23, 404) es als die Aufgabe richterlicher Strafzumessung im Urteile hingestellt hat, über die mündliche oder schriftliche Form zu befinden, hat unlängst das Kammergericht (Entsch. v. 1. 5. 05, D. JZ. 05 S. 819) die Entscheidung über diese Erteilungs-Form, falls sie im Urteile selbst nicht getroffen ist, in den Machtbereich der Vollstreckungsbehörde verwiesen, so daß in solchem Falle eine Anrufung des erkennenden Gerichtes zwecks Herbeiführung einer Ergänzung gemäß § 490 StPO. erfolglos, die Staatsanwaltschaft vielmehr auf ihre eigenen selbständigen Entschließungen darüber angewiesen wäre.

Daß die Erteilung eines schriftlichen Verweises dem Zwecke des Strafmittels, welches in erster Linie Erziehungsmaßregel sein soll, nicht gerecht wird und auch in anderer Beziehung den erheblichsten Bedenken unterliegt, ist mehrfach eingehend dargelegt (z. B. von Kollenscher in Goltd. Arch. 47 S. 271 ff.; vgl. auch Heydin D. J.-Z. 1907 S. 1017). Der § 482 Abs. 1 des Entwurfs der neuen StPO. beseitigt denn auch den schriftlichen Verweis gänzlich, weil — wie die Begründung (S. 375) hervorhebt — „die mündliche Erteilung . . . wegen ihrer größeren Eindringlichkeit den Vorzug verdient.“

In den Artikeln des Landgerichtspräsidenten Dr. Andrae (S. 287—290) und des Dr. Brückner (S. 711, 712) in dem XIV. Jahrgang der D. J.-Z. ist bei der Erörterung, ob die Anwendung in der Praxis und die Beibehaltung des Verweises als Strafmittel sich empfiehlt, auch nebenher die Frage gestreift, ob der Verweis gleich im Anschluß an die Urteilsverkündung vollstreckt werden soll oder nicht. Nur die Zweckmäßigkeit des einen oder anderen Verfahrens ist dort kurz berührt. Die Praxis, den Verweis in unmittelbarem Anschluß an die Hauptverhandlung zu erteilen, ist nicht nur in München (D. J.-Z. 09 S. 712), sondern in ganz Preußen bei den Schöffengerichten sehr weit verbreitet. Daneben aber wird in Preußen der Verweis sehr häufig in einer der nächsten öffentlichen Schöffengerichtssitzungen erteilt. Die Frage der Zweckmäßigkeit dieses letzteren Verfahrens ist bisher, soweit ich sehe, einer öffentlichen Erörterung ebensowenig unterzogen, wie die Frage der prinzipiellen gesetzlichen Zulässigkeit beider Vollstreckungsverfahren. Beide Verfahrensarten sind an den Schöffengerichten in Preußen ungefähr in gleichem Umfange verbreitet; ich halte sie beide für gesetzlich unzulässig und auch nicht für sachdienlich. Die Strafvollstreckung darf überhaupt nicht in voller Öffentlichkeit vor sich gehen. Deshalb darf der Verweis weder in der Schöffengerichtssitzung, in welcher die Verurteilung erfolgt, noch auch im Verlaufe der

nächsten öffentlichen Schöffengerichtssitzungen, sondern nur in einem besonderen nichtöffentlich abzuhaltenden Termine vollstreckt werden. — Praktisch wird die Frage natürlich nur für den Schöffenrichter, falls dieser — was regelmäßig zutrifft — gleichzeitig zur Vollstreckungsbehörde bestellt ist. Am Landgericht hat der Staatsanwalt den Verweis zu erteilen; dieser würde, selbst die Einverständniserklärung des Vorsitzenden zur Vornahme der Vollstreckungshandlung in der Sitzung vorausgesetzt, hiervon schon absehen, um das Gericht nicht unnötig aufzuhalten. — Übrigens würde eine Vollstreckung im Anschluß an den Urteilsspruch stets die Anwesenheit des gesetzlichen Vertreters in der Sitzung voraussetzen, da nach § 340 StPO. die Rechtskraft erst eingetreten ist, wenn nicht nur der Jugendliche selbst, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter verzichtet hat.

I.

1. Das Prinzip der Öffentlichkeit ist von unserer Gerichtsverfassung (§§ 170 ff. GVG.) nur vorgesehen für die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte und für die Urteilsverkündung. Die gesetzespolitische Erwägung, welche zur Einführung der Öffentlichkeit für die eigentliche Rechtsprechung bestimmend gewesen ist, nämlich das im Volke vorhandene Bedürfnis, daß die Rechtspflege bis zu einem gewissen Grade von unbeteiligten, nicht direkt interessierten Personen (dem Publikum) überwacht, und das Pflichtgefühl und Verantwortlichkeitsbewußtsein der Gerichtspersonen unter dem Drucke solcher Beobachtung geschärft werden soll — trifft aber auf das ganz andere Zwecke verfolgende und andere Rücksichten bedingende Gebiet der Strafvollstreckung nicht zu. Die Strafvollstreckung ist keine richterliche Tätigkeit, sondern ein Akt reiner Verwaltungspflege. Für sie gilt seit langer Zeit der Leitsatz, daß die Vollstreckung nicht öffentlich zu erfolgen habe, weil hier die Öffentlichkeit nur dahin führen würde, das Ehrgefühl der Verurteilten abzustumpfen, wenn nicht zu ersticken. Eine Überwachung aber soll bei der Strafvollstreckung nicht durch das große Publikum, sondern einzig und allein durch die Dienstaufsicht der nach Zweckmäßigkeitsgrundsätzen handelnden höheren Behörden erfolgen. Daß bei diesem grundsätzlichen Ausschlusse der Öffentlichkeit die Vollstreckung des Verweises keiner Ausnahme unterworfen sein darf, liegt auf der Hand. Um so mehr, als der Verweis das auf der tiefsten Stufe der Strafskala stehende leichteste Strafübel ist, welches nur zugelassen ist für Jugendliche und auch für diese nur in ganz besonders leichten Fällen. — Das vor Einführung des deutschen RStGB. geltende sächsische StGB. (Art. 31) sah es als Verschärfung des mündlichen Verweises schon an, wenn auf Zuziehung der durch das Delikt verletzten Personen erkannt wurde. Aber diese Verschärfung war nicht der Vollstreckungsbehörde überlassen, sondern nur statthaft, wenn vom Gerichte besonders darauf erkannt war.[1]

2. Um von vornherein einem nahe liegenden Einwande zu begegnen, sei schon hier hervorgehoben, daß das Prinzip dieser grundsätzlichen Unzulässigkeit öffentlicher Vollstreckung auch dann zu respektieren bleibt, wenn im Einzelfalle die Öffentlichkeit für den Verurteilten weniger oder garnicht fühlbar wird. Aus solcher Erwägung heraus

---

[1]) Darüber, ob diese Verschärfung nach dem RStGB. zulässig ist, siehe die bei Schwarze, StGB., 5. Aufl. (1884), S. 248, A. 11 zu § 57 Zitierten.

ein Prinzip zu durchbrechen, würde sich höchstens dann rechtfertigen lassen, wenn das Gewicht jener praktischen Erwägungen in den fraglichen Ausnahmefällen die Erreichung des Strafzweckes sicherer verbürgte. Daß das nicht der Fall ist, wird später (unten zu II) dargetan werden. Daher läßt die öffentliche Vollstreckung dann, wenn sie in unmittelbarem Anschluß an die Urteilsverkündung geschieht, sich nicht damit rechtfertigen, daß ja kurz zuvor die Feststellung des Tatbestandes der Straftat und die Urteilsverkündung in derselben breiten Öffentlichkeit erfolgt sei, vor welcher nunmehr die Vollstreckung erfolgen solle, und daß die Scheu des jugendlichen Delinquenten vor den anwesenden Zuhörern aus dem Grunde nicht mehr besonders groß sein könne, weil diesen unmittelbar vorher aus der Verhandlung der ganze Sachverhalt bereits bekannt geworden sei. — Zudem verschärft selbst in diesen Fällen die Öffentlichkeit deshalb die zu vollstreckende Strafe, weil sich bei dem Ausspruche der Mißbilligung seitens der Vollstreckungsbehörde persönliche Schärfen und das Eingehen auf interne und familiäre Verhältnisse des Verurteilten nicht vermeiden lassen, welche in der Hauptverhandlung mit mehr Schonung behandelt werden konnten oder garnicht hervorgetreten waren.

II.

Außer der grundsätzlichen Unzulässigkeit der öffentlichen Vollstreckung sprechen aber auch reine Zweckmäßigkeitserwägungen schwerwiegendster Natur:

1. für die Anberaumung eines besonderen Termins zum Zwecke der Vollstreckung,
2. für die Abhaltung desselben im Amtszimmer des Richters unter Ausschluß Unbeteiligter.

Und zwar kommen zu 1 und 2 verschiedenartige Gründe in Betracht.

1. Es ist von allerhöchster Bedeutung, daß Erscheinungen vermieden werden, wie sie vom Landgerichtspräsidenten Dr. Andrae zu Eingang seiner Erörterungen S. 287 des Jahrganges 1909 der D. J.-Z. geschilschildert werden: daß nämlich der Jugendliche nach Vollstreckung des Verweises das Gerichtsgebäude mit der erleichterten Vorstellung verläßt, er sei freigesprochen. In solchen Fällen wird die gesetzliche Bestimmung, welche die Tatsache der Verbüßung der Verweisstrafe, ebenso wie die Verbüßung einer Freiheitsstrafe, für die Feststellung der Rückfälligkeit als wesentliche Vorbedingung ansieht, durch die Art der Handhabung der Vollstreckung in der Praxis zu einer mit dem in das Lebensglück des Individuums tief einschneidenden Ernste und der Folgenschwere des Strafrechts absolut unerträglichen leeren Fiktion heruntergedrükt. Di Folge der Verweis-Verbüßung, welche vom Reichsgericht (Str. 14 S. 421) als die sich an dieErteilung knüpfende „psychische Wirkung“ bzeichnet wird, ist so wenig eingetreten, daß dem Verurteilten nicht einmal zum Bewußtsein gekommen ist: das, was er gehört hat, solle eine Strafe für ihn sein.

a) Dies vorausgeschickt, springt es zunächst in die Augen, daß, wie auch vom Landgerichtspräsidenten Dr. Andrae a. a. O. schon angedeutet ist, dem Jugendlichen das Verständnis für die Verschiedenartigkeit von Hauptverhandlung nebst Urteil einerseits und Strafvollstreckung andererseits ganz ungemein erschwert wird, wenn der Verweis nach Herbeiführung allseitigen Rechtsmittelverzichtes in sofortigem Anschluß an die



Urteilsverkündung erteilt wird. Bei dieser Art der Vollstreckung wird vom Jugendlichen die Hauptverhandlung nebst Verweiserteilung als ein einheitliches Ganzes, und die Verweiserteilung wird als eine in der Hauptverhandlung nur nebenher mit untergelaufene bloße Ermahnung, nicht aber als eine Kriminalstrafe angesehen werden; als eine Kriminalstrafe, die in das Strafregister gelangt und als solche sein Leben lang nichtwieder aus seinen öffentlichen Personalien verschwindet. Wird der Verurteilte dagegen nach Abschuß der Hauptverhandlung nochmals zu einem besonderen Termine vorgeladen, so komtm der Strafcharakter schon äußerlich durch die Tatsache des Zwanges zu nochmaligem Erscheinen an der Gerichtsstelle zwecks Entgegennahme des Verweises in einer auch dem Jungendlichen verständlichen Weise zum Ausdruck. Dieser zweite Gang an die Gerichtsstelle als solcher in Verbindung mit der vor dem Vollstreckungsorgane sich abspielenden Handlung wird sich als Strafe auch dem Empfinden und Gedächtnisse des Jugendlichen deutlich und nachhaltig einprägen.

b) Nicht minder ausschlaggebend ist, daß der besondere Termin eine ganz andere und ausgiebigere Einwirkung seitens des Vollstreckungsorganes auf den Jugendlichen gestattet, als es in einer langen ermüdenden Sitzung möglich ist. Soll der Verweis, welcher vom Gesetze als Erziehungsmittel gedacht ist, seinen Zweck erfüllen, so setzt er ein Sichversenken des Vollstreckungsorganes in den Ernst seiner Aufgabe und die Schwere seiner Verantwortlichkeit voraus. Dem Täter soll Verständnis für die Rechtsordnung beigebracht werden, sowie das Gefühl der Notwendigkeit einer Buße und Sühne für eine Handlung, mit der er diese allgemeine staatliche Rchtsordnung verletzt hat. Die Vollstrckungsbehörde soll mit dem Ernste einer sittlich abgeklärten Persönlichkeit nicht nur auf die Einsicht und das Ehrgefühl, sondern auch auf das gesamte Seelenleben des Jugendlichen einwirken. Wird so der Ernst und die Feierlichkeit in den inneren Gehalt des Vollstreckungsaktes verlegt, so wird er an Tiefe und Nachhaltigkeit seiner inneren Einwirkung auf den Täter den rasch verfliegenden Eindruck, welcher durch die äußerliche Feierlichkeit einer Schöffengerichtssitzung vorübergehend hervorgerufen wird, weit übertreffen. Diesen erheblichen Anforderungen kann das Vollstreckungsorgan aber nicht in der beschränkten Zeit der Schöffengerichtssitzung, sondern nur in der Ruhe und Sammlung des neugierigen Augen und Ohren verschlossenen Amtszimmers, also in einem besonderen Termine, genügen. Hier läßt sich die „psychische Wirkung“, welche vom Reichsgerichte als Merkmal der — für den Rückfall zählenden — Verbüßung bezeichnet wird, in einer Weise verwirklichen, daß der Gefahr der Rückfälligkeit für immer mit Sicherheit vorgebeugt wird.

c) Wie schließlich nicht unerwähnt bleiben soll, kann es meistens auch gar nicht erwünscht erscheinen, daß das Gericht den allseitigen Rechtsmittelverzicht herbeiführt, d. h. die Beteiligten befragt, ob sie auf ein Rechtsmittel verzichten. Wenn es auch noch so wenig beabsichtigt sein mag, wird — und zwar durch gar nichts weiter als allein durch die Tatsache, daß danach gefragt ist — in dem Angeklagten vielfach der Glaube erweckt, als sei der Verzicht dem Richter nicht etwa gleichgültig, sondern willkommen. Auch der allerleiseste Schein eines solchen Einwirkungsversuches auf die Entschließung des Angeklagten muß im Interesse des Ansehens des Gerichtes ebensosehr, wie in dem Interesse des



Angeklagten vermieden werden. Schon ohne solche Anregung liegt die Gefahr, daß vom Angeklagten auf das Rechtsmittel leichtfertig, ohne die nötige ruhige Prüfung verzichtet wird, um so mehr nahe, als dem Jugendlichen und seinem Vertreter vielfach gar nicht klar ist, daß der Verweis als Vorstrafe für den Rückfall und auch sonst für die Personalien als Kriminalstrafe zählt.

2. Muß zur Vollstreckung ein besonderer Termin anberaumt werden, so ist schon zu I, 1 dargelegt, daß die Praxis vieler Schöffengerichte, diesen Termin in die öffentliche Schöffengerichtssitzung zu verlegen, unzulässig ist. Das einzige Argument, welches für die Vollstreckung im unmittelbaren Anschluß an die Hauptverhandlung vorgebracht zu werden pflegt:

> daß unter dem frischen Eindrucke der Haupverhandlung und den damit verbundenen Feierlichkeiten das Gemüt des Jugendlichen für den Verweis besonders empfänglich wäre,

fällt bei dem neuen Termine weg, während es für den ersten Termin seine besondere Widerlegung zu II, 1 b gefunden hat. — Die Nichtöffentlichkeit des Vollstreckungstermins wird außerdem durch folgende gerade auf die Jugend des Verurteilten zu nehmenden Rücksichten notwendig:

In der neuen Schöffengerichtssitzung sind Schöffen und Publikum andere als in dem ersten Termine. Würde dem Jugendlichen vor dieser ganz anders zusammengesetzten Öffentlichkeit der Fehltritt von neuem vorgehalten, so könnte es sich leicht ereignen, daß nunmehr der in dem Jugendlichen noch verbliebene Rest von Scham und Ehrgefühl ganz zum Absterben gebracht und so gerade das Gegenteil von dem erreicht würde, was der Richter bei der Wahl des leichtesten Strafübels wohlmeinend im Auge hatte.

Mit der Öffentlichkeit des Termines würde auch einer Grundtendenz der modernen Jugendgerichtsreform zuwidergehandelt; diese kommt in dem neuen Entwurfe des GVG. (§ 172) darin zum Ausdruck, daß schon für die Hauptverhandlung der Ausschluß der Öffentlichkeit ohne jede Einschränkung auf besondere Gründe in das freie Ermessen des Gerichts gestellt wird. Dadurch soll vermieden werden, daß der Jugendliche durch die Öffentlichkeit in seinem Fortkommen unnötig geschädigt wird. Außerdem soll so den Gefahren vorgebeugt werden, welche für das Wohl jugendlicher Personen entstehen, wenn sie vor den Strafgerichten mit erwachsenen Verbrechern in Berührung kommen, oder wenn die Verhandlung gegen sie überhaupt nur örtlich und zeitlich im Anschluß an die Verhandlungen gegen solche Verbrecher stattfindent (Begründung zu § 373 des Entw. der StPO. S. 329.) Eine solche Gefährdung muß um so mehr für die Vollstreckung des Verweises vermieden werden, bezüglich deren nichts auf die Verbindung mit einer öffentlichen Gerichtssitzung hindrängt.

Gegen den besonderen Termin läßt sich nicht einwenden, daß, falls der Jugendliche nicht freiwillig erscheint, die Vollstreckung des Verweises unterbleiben müsse. Wie schon Kollenscher (Golthd. Arch. Bd. 47 S. 273 f.) richtig hervorgehoben hat, ist für diesen Fall. der die Vorführung des vergeblich Geladenen gestattende § 489 StPO. analog anwendbar. Um Zweifel über die Zulässigkeit dieser Analogie zu beseitigen, schreibt der § 482, Abs. 2 des Entwurfes der neuen StPO. die Vorführung des auf

die Ladung zur Entgegennahme des Verweises ausbleibenden Jugendlichen ausdrücklich vor.

§ 2.

Ist die vom Entwurfe der neuen StPO. vorgesehene Beibehaltung des Verweises als Kriminalstrafe neben der rein disziplinären „Mahnung" zu billigen? Vorschläge zu redaktioneller Änderung von §§ 364, 375 und event. § 482 sowie zu inhaltlicher Änderung von § 424 Entw. StPO.

Obwohl die Frage nach der Beibehaltung des Verweises m. E. mit einem entschiedenen Nein zu beantworten ist, erschien es nötig, in dem voraufgehenden Abschnitte (§ 1) die Unzulässigkeit und Unzweckmäßigkeit der bei den Schöffenrichtern weit verbreiteten Praxis öffentlicher Vollstreckung des Verweises darzulegen, eben weil, wenn der § 482 der neuen StPO. Annahme finden sollte, der Verweis dauernd in Geltung bleiben wird, anderseits, weil jene Ausführungen auch für die demnächstige Vollziehung der Mahnung durch den Gerichtsvorsitzenden (§ 375 Entw. StPO.) genau die gleiche Bedeutung haben (siehe unten zu III, 2). Insofern es sich ausschließlich um die Praxis der Schöffenrichter handelt, werden die vorstehenden Erörterungen künftig um so mehr Beachtung verdienen, als durch die Vorschrift des § 23[2], Absatz 2 Entw. GVG. die Zuständigkeit der Schöffengerichte gerade gegen Jugendliche sachlich in einem Umfange erweitert wird, daß künftig über alle Fälle, die nach der bisherigen Gesetzgebung sich zur Erteilung eines Verweises eignen, wohl fast ausnahmslos die Schöffengerichte zu urteilen haben werden. Auch durch die Bestimmung des § 482 Abs. 1, Satz 1 des Entw. StPO. werden die Darlegungen — wie die bisherige weit verbreitete abweichende Praxis bewiesen hat — nicht überflüssig. Denn diese Bestimmung stellt die Unzulässigkeit jener Praxis der Schöffenrichter nicht klarer, als es bisher schon die Entscheidung des RG. Str. 23, S. 404 getan hatte, welche ausdrücklich ausgesprochen hatte, daß die Erteilung des Verweises durch die Vollstreckungsbehörde zu erfolgen habe.

I.

1. Die Motive nennen den Verweis eine Strafe, welche dessen eigentümliche Natur als Erziehungsmaßregel kennzeichne. Gegen die prinzipielle Anerkennung des Verweises als Kriminalstrafe sind vom theoretischen und praktischen Standpunkte aus von jeher die gewichtigsten Bedenken geltend gemacht. In Württemberg wurde der Verweis wegen dieser Bedenken 1839 aus der Reihe der Strafmittel gestrichen; die württembergische ständische Kommission bemerkt dazu: Der Verweis eigne sich nur zur Disziplinarstrafe. Auch das Reichsgericht spricht in Str. Band 18, S. 117 nebenher von den gegen die prinzipielle Anerkennung des Verweises als Kriminalstrafe de lege ferenda obwaltenden Bedenken und den Gründen, die „sich für den rein disziplinären Charakter dieser nur eine, von der Verurteilung selbst kaum unterscheidbare sittliche Mißbilligung enthaltenden Strafart geltend machen" lassen. — In der Tat liegt ein schroffer und nicht zu erklärender Widerspruch darin: wegen der augenfälligen Geringfügigkeit

einer Straftat und vor allem mit Rücksicht auf die Eigenart der Personen, welche sich in körperlicher und geistiger Beziehung noch im Stadium der Entwickelung befinden, auf der einen Seite unter dem Namen „Verweis" eine reine Erziehungsmaßregel anzuordnen; auf der anderen Seite aber diese Erziehungsmaßregel in ihren Folgen für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Existenz des Jugendlichen und nach außen hin für die Öffentlichkeit zu einer Kriminalstrafe zu stempeln. Durch diese letztere Maßnahme und die dadurch bedingte Eintragung in das Strafregister wird das Wohlwollen, womit der Gesetzgeber der Jugend des Täters Rechnung tragen will, auf halbem Wege wieder aufgehoben und dem Jugendlichen ein Makel aufgedrückt, welchen er durch sein ganzes späteres Leben hindurch unauslöschlich tragen muß, der bei den verschiedensten Gelegenheiten im Leben wieder an den Tag tritt und den Jugendlichen sehr oft an der Gewinnung einer Lebensstellung hindert, oder, wenn er eine solche errungen hat, aus dieser Lebensstellung erbarmungslos wieder herausgeschleudert (Verhandl. 27. Deutsch. Jurist.-Tages S. 657). Diese Folgen müssen vom Standpunkte einer wahrhaften Erziehungsmaßregel aus, welcher stets verzeihende Milde beigegeben sein soll, unerträglich erscheinen. Die Begründung Entw. StPO. erkennt diese Gedanken indirekt an, wenn sie (S. 163) sagt, daß da, wo mit Erziehungsmaßregeln zu helfen ist, durch die staatliche Einwirkung auf die Erziehung den Interessen der Allgemeinheit vielfach besser gedient ist, als durch Bestrafung.

Aus dieser Erwägung heraus hat denn der Entw. StPO. für derartige Bagatellsachen die des Charakters als Kriminalstrafe entkleidete „Mahnung" eingeführt (§§ 366, 374, 375), welche nur außerhalb des eigentlichen Strafverfahrens erteilt werden soll, sei es, daß von vornherein die Staatsanwaltschaft, von der Erhebung der öffentlichen Klage absehend, die Sache an die Vormundschaftsbehörde verwiesen (§ 365), oder daß das Strafgericht nach eröffnetem Hauptverfahren das Verfahren eingestellt hat, weil es eine Strafe nicht für angemessen hält (§ 374). Das Gericht erlangt — was nicht freudig und dankbar genug zu begrüßen ist — durch § 374 Entw. StPO. die Befugnis, statt auf Strafe, auf eine reine Erziehungs- und Besserungsmaßregel zu erkennen. Diese Änderung läßt sich bei unbefangenem Studium des ersten Abschnitts des 4. Buches Entw. StPO., wenn man sich auf diesen beschränkt und noch gar nicht weiß, daß der Entwurf eine Bestimmung mit dem Inhalte des § 482 bringt, nur dahin auffassen, daß der bisherige „Verweis", in seiner wahren inneren Natur als reines Zuchtmittel auch vor der Öffentlichkeit und in seinen Nachwirkungen auf den Jugendlichen endgültig rehabilitiert worden sei. Daß also fortan nicht mehr neben der Mahnung der Verweis als Kriminalstrafe in Kraft geblieben, vielmehr der Verweis als solcher aufgehoben und in der Mahnung als rein disziplinärem Zuchtmittel aufgegangen sei. Der freudige Glaube an diese durchaus gesunde und von Grund aus mit fester Hand durchgreifende Reorganisation erfährt eine herbe Enttäuschung, wenn man später auf den § 482 a. a. O. stößt, worin die in der bisherigen StPO. fehlende gesetzliche Regelung der Vollstreckung des Verweises und damit seine ausdrückliche Aufrechterhaltung als Strafmittel ausgesprochen wird. — Es muß als selbstverständlich angenommen werden, daß es jeder tieferen Bedeutung entbehrt, wenn in der Bezeichnung „Mahnung" und „Verweis" 2 Ausdrücke wiederkehren, welche in den

Beamtendisziplinargesetzen (vgl. z. B. das preuß. Ges. btr. die Dienstvergehen der Richter vom 7. 5. 1851 §§ 13 u. 15) 2 nicht koordinierte, sondern qualitativ sich steigernde Zuchtmittel darstellen, und schon lediglich durch diese Verschiedenheit in der äußeren Nomenklatur die abstufende Bewertung in der Schwere des Zuchtmittels zum Ausdrucke bringen. Eine solche Einwirkung nicht durch die Verschiedenartigkeit der aufgewandten Mittel, sondern lediglich durch die Verschiedenartigkeit der Nomenklatur auf den Jugendlichen ist, wie aus der Begründung (S. 357) folgerungsweise hervorgeht, nicht beabsichtigt; es liegt auch auf der Hand, daß irgend ein erzieherischer Einfluß dadurch bei einem Jugendlichen nicht erreicht werden könnte. Die Begründung stellt denn auch (S. 357) den Verweis der Mahnung als völlig koordiniert an die Seite. — Dies vorausgeschickt, entbehrt die Aufrechterhaltung des Verweises jeder sachlichen Begründung. Denn sowohl der bisherige „Verweis" als die demnächstige „Mahnung" haben genau die gleiche erzieherische Aufgabe und haben sich der qualitativ und quantitativ genau identischen erzieherischen Mittel zu bedienen; sie werden von dem „Vollstreckungs"- bzw. „Vollziehungs"-Organe (vgl. §§ 375, Abs. 2, 482, Abs. 1 a. a. O.) mit denselben Vorstellungen dem Täter zum Bewußtsein gebracht. Beide sollen die gesetzliche und moralische Mißbilligung der Tat dem Jugendlichen klar machen und einschärfen, sowie durch Einwirkung auf seine Einsicht und sein Seelenleben ihn vor der Wiederholung eines Bruches der öffentlichen Rechtsordnung bewahren. Die Tiefe und Nachhaltigkeit der psychischen Einwirkung, welche der Jugendliche von der Erteilung der Mißbilligung durch das staatlich berufene Organ mit fortnimmt, wird lediglich abhängen von der Überlegenheit dieses Organes als Persönlichkeit, von dem Ernste, womit es sich in seine Aufgabe versenkt, und von seiner Geschicklichkeit, der Individualität des Täters und der Tat in der äußeren Einkleidung und in dem inneren Gehalte der Mißbilligung gerecht zu werden, im übrigen aber wird sie genau dieselbe bleiben, mag sie „Mahnung" oder „Verweis" heißen. — Bei rein abstraktem Vergleich beider Begriffe als Zuchtmittel stellt sich also ihre absolute qualitative und quantitative Identität heraus. Gerade dieser Vergleich mit der „Mahnung" des Entwurfs läßt aber auch als krankhafte Nebenerscheinung bezüglich des Verweises doppelt grell in die Augen springen die ihm contra naturam sui generis von dem heute geltenden StGB. willkürlich beigegebene Zutat: nämlich die — gleichsam auf gesetzlicher Fiktion eines entsprechenden Straf-Inhaltes beruhende — bloß wörtliche Bezeichnung als Kriminalstrafe. Während alle Mittel des staatlichen Strafzwanges sich begrifflich und inhaltlich unterscheiden sollen von den Disziplinarstrafen im Zivildienste und von der Erziehungsstrafe in den Schul- und Besserungsanstalten, genügt der Verweis des StGB. diesem Erfordernis nicht. Obwohl der Verweis nur dem Namen nach Kriminalstrafe ist, d. h. obwohl der Kriminalstrafcharakter sich nicht in etwaigen Besonderheiten des Inhaltes und der Handhabung des Vollzuges dieses Zuchtmittels verkörpert, wird der Verweis in das Strafregister als Kriminalstrafe eingetragen und bleibt das ganze Leben des davon Betroffenen hindurch in seinen öffentlich geführten Personalien als Kriminalstrafe unauslöschlich stehen. Ia, der Verweis wird sogar als Voraussetzung für den — Zuchthausstrafe auf sich ladenden — Rückfall als hinreichende, der Gefängnisstrafe voll gleichwertige Vorstrafe angesehen. Der in

diesen bisherigen positiven Vorschriften hervortretende Widerspruch zwischen den aufgewandten „Straf"-Mitteln und den daran geknüpften Wirkungen ist unverkennbar. Es ist ein Unding, die, wie das Reichsgericht höchst charakteristisch sagt, „nur eine von der Verurteilung selbst kaum unterscheidbare sittliche Mißbilligung enthaltende Strafart in ihren Wirkungen — insbesondere als Vorstrafe für den Rückfall — auf eine Stufe zu stellen mit der das Seelenleben des Individuums von Grund aus erschütternden, in alle bisherigen Lebensbedingungen mit rauher Gewalt eingreifenden Gefängnisstrafe. Es ist also durch eine Reihe schwerwiegendster Gründe, die teils grundsätzlicher Natur sind, teils Zweckdienlichkeits-Erwägungen entspringen, dringend geboten, den dem Verweise positiv-rechtlich aufgezwängten Fremdkörper als Kriminalstrafe zu beseitigen.

2. Es bliebe nur übrig zu prüfen, ob denn nicht die Begründung Entw. StPO. selbst stichhaltige Erwägungen dafür an die Hand gibt, warum ihr die in § 482 ausgesprochene Aufrechterhaltung des Verweises notwendig erschienen ist. Das ist nicht der Fall. Die Begründung sagt vielmehr selbst (S. 375):

> es lasse sich bezweifeln, ob ein Bedürfnis nach besonderen Bestimmungen im Sinne des § 482 noch vorliege; denn es dürfe angenommen werden, daß das Gericht in besonders leichten Fällen (§ 57 Nr. 4 StGB.) regelmäßig geneigt sein werde, statt auf Verweis zu erkennen, eine Mahnung auszusprechen, weil diese Maßregel dem Jugendlichen nicht den Makel der Bestrafung aufdrücke, außerdem aber wegen der sofortigen Vollstreckbarkeit im allgemein eindrucksvoller sein werde.

Während also hier die Begründung zugibt, daß der Verweis nach Einführung der Mahnung entbehrlich ist, und daß die Mahnung da, wo bisher der Verweis Platz gegriffen hat, den Vorzug verdient, sagt sie im Widerspruch hiermit im nächsten Satze:

> Immerhin müsse mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß auch künftig noch auf einen Verweis erkannt werde, insbesondere gegenüber Übeltätern, die zwar zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt waren, bei der Aburteilung aber dieses Alter überschritten haben, und ebenso im Falle der Erledigung durch richterlichen Strafbefehl.

Auch an anderer Stelle (S. 355) hebt die Begründung noch ausdrücklich hervor, daß es nach § 421 statthaft sei, mittels Strafbefehles auf einen Verweis zu erkennen. In den zu § 482 (S. 375) von der Begründung angeführten Sätzen ist aber eine Prüsung, ob und ev. warum in den genannten Fällen der Verweis vor der Mahnung oder sonstigen Zuchtmitteln des § 374, Abs. 2, Satz 2 sachlich den Vorzug verdiene, nicht enthalten. Die Tatsache allein, daß die Staatsanwaltschaft anstatt von der Befugnis aus § 365, Abs. 2, Satz 1 Gebrauch zu machen, oder anstatt die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen, den Weg des richterlichen Strafbefehls ins Auge faßt und auf diesem Wege einen Verweis beantragt, ist doch kein Grund, weshalb der Verweis vorzuziehen, also aus Anlaß dieser anderen prozessualen Verfahrensart materiell anders entschieden werden soll, als wenn die Sache zur Hauptverhandlung verstellt wird. Sind also solche Gründe offensichtlich nicht vorhanden, so muß im Interesse der Allgemeinheit sowohl als auch in dem des Jugendlichen durch Aufhebung des Verweises als Strafmittel

dem Richter jede Möglichkeit genommen werden, da wo allein die Mahnung oder eines der übrigen Zuchtmittel des § 374, Abs. 2, Satz 2 oder auch die Überweisung an die Vormundschaftsbehörde (§ 374, Abs. 2, Satz 1) am Platze wäre, mittels Strafbefehls einen Verweis zu verhängen. Die Versuchung, welche allein aus Rücksichten der Erledigung durch ein bequemeres, einfacheres und weniger kostspieliges Verfahren an die zuständigen Behörden herantreten könnte, darf vom Gesetze gar nicht erst zugelassen werden. Zumal auch immerhin die Gefahr nicht vollständig ausgeschlossen ist, daß der rechtsunkundige Jugendliche und sein gesetzlicher Vertreter sich bei dem mittels Strafbefehls verhängten Verweise nicht deshalb beruhigen, weil der Jugendliche sich schuldig fühlt, sondern weil sie die aufsehenerregende Hauptverhandlung scheuen und den Verweis gar nicht als Strafe, sondern als „Mahnung" ansehen. Ebensowenig kann ein zutreffender sachlicher Grund dafür angeführt werden, warum die Mahnung oder die Überweisung an die Zucht des gesetzlichen Vertreters, oder, wenn es sich um einen Fürsorgezögling handelt, an die Zucht der zuständigen Erziehungsbehörde — anstelle eines Verweises — gegen den zur Zeit der Tat noch nicht 18jährigen Täter aus dem rein formellen Anlasse ausgeschlossen werden soll, weil der Delinquent zu der Zeit, wo die Behörden sich mit ihm befassen, das 18. Lebensjahr überschritten hat. Wenn die Begründung (S. 324) bemerkt:

> sowohl für die Frage, ob an die Stelle der Strafe Erziehungsmaßregeln treten können, als auch für die Frage der besonderen Schutzbedürftigkeit komme es nur darauf an, ob der Verdächtige in dem Zeitpunkte, wo die Erziehung einsetze oder der Schutz gewährt werden solle, noch erziehungsfähig oder schutzbedürftig sei,

so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Schutzbedürftigkeit wegen einer vor dem 18. Lebensjahre begangenen Tat plötzlich mit der Vollendung des 18. Lebensjahres aufhöre. Es entspricht nicht der Gerechtigkeit, den bloßen Zufall, daß die Tat erst nach dem 18. Lebensjahre des Täters zur Verfolgung bzw. Aburteilung gelangt ist (§ 364 Entw. StPO.), als hinreichend anzusehen, um dem Täter mit der Kriminalstrafe des Verweises das Brandmal immerwährender Schande aufzudrücken, während er mit einer bloßen Mahnung davongekommen wäre, wenn ein und dieselbe Tat vor vollendetem 18. Lebensjahre abgeurteilt wäre. Das Argument der Begründung hinsichtlich der mangelnden Erziehungsfähigkeit trifft höchstens insoweit zu, als die Einleitung[1]) der Fürsorgeerziehung und regelmäßig auch die Überweisung an die Zucht einer Schulbehörde nicht mehr möglich ist, geht aber hinsichtlich der anderen Zuchtmittel (§ 374, Abs. 2, Satz 2) fehl. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum eine Mahnung, wenn sie bei der fraglichen Tat und dem fraglichen Täter überhaupt sachdienlich erscheint, ihre Wirkung als Erziehungsmittel nicht ebensogut ausüben soll, wenn der Delinquent das 18. Lebensjahr überschritten, als wenn er es noch nicht bis auf den letzten Tag vollendet hat. Es liegt ferner gerade darin, daß die Begründung sich zwar von dem Verweise auch noch Erfolg verspricht, wenn die Tat nach vollendetem 18. Lebensjahre abgeurteilt wird (S. 375), nicht aber von der als Zuchtmittel damit, wie gezeigt, genau identischen Mahnung (S. 324), ein Widerspruch, womit die Begründung sich selbst widerlegt. — Soweit es sich um die in § 374,

---

[1]) Die Fürsorgeerziehung selbst endigt bekanntlich erst mit dem vollendeten 21sten Lebensjahre (§ 13 des preuß. Ges. vom 2. Juli 1900.)



Abs. 2, Satz 2 bezeichneten Erziehungs- und Besserungsmaßregeln handelt, muß also die vom Entwurfe für die Zulässigkeit der Einstellung des Verfahrens (§ 374, Abs. 1) in § 364 errichtete Schranke wieder fallen; insoweit muß vielmehr lediglich das Alter, in dem der Verdächtige bei Begehung der Tat gestanden hat, den Ausschlag geben, ebenso wie auch die strafmildernden Bestimmungen des § 57 StGB. und die in dem § 23[2] Abs. 2, § 73, Nr. 9 der Novelle zum GVG. enthaltenen Zuständigkeitsnormen hierauf abgestellt sind. In schwereren Fällen kann natürlich so wenig wie der Verweis, ein sonstiges Zuchtmittel in Frage kommen, sondern nur eine Geld- oder Freiheitsstrafe, gegebenenfalls unter Vorschlag zur bedingten Begnadigung.

II.

Außer der nach den vorstehenden Schlußausführungen notwendigen Änderung des § 364 ist dem § 374 Entw. StPO. als Abs. 4 hinzuzufügen:

Der Verweis (§ 57, Nr. 4 StGB.) wird aufgehoben.

Der § 482 ist aus der neuen StPO. zu streichen. — Auch die vom Landgerichtspräsidenten Dr. Andrae in D. J.-Z. 09, S. 287 ff. gegen den Verweis als Strafmittel vorgebrachten Angriffe verdienen ernste Beachtung und lassen sich jetzt, nachdem der Entwurf die Mahnung vorgesehen hat, mit verdoppelter Überzeugungskraft wiederholen. — Für die Beibehaltung des Verweises lassen sich vom Boden des Entwurfes aus auch nicht mehr (vgl. Dr. Brückner in D. J.-Z. 09, S. 711 f.) die Verhandlungen des 27. Deutschen Juristen-Tages anrufen, welcher (Verhandl. S. 659), gegen die kurzfristigen Freiheitsstrafen in bezug auf Jugendliche Front machend, beschloß, daß im Gegensatze zu diesen kurzfristigen Freiheitsstrafen:

> „das Anwendungsgebiet des Verweises und der Geldstrafe zu erweitern sei unter gesetzlicher Ausgestaltung dieser Strafmittel nach Inhalt und Vollziehung".

Denn wie auch damals (Verhandl. S. 657) ausdrücklich ausgesprochen wurde, dachte man noch nicht an die auch nur entfernte Möglichkeit derjenigen jenen Vorschlag weit überholenden Reformen, welche der Entwurf gegenüber den Jugendlichen bringt. Wie reserviert man damals war, geht aus der Kritik des Entw. StPO. durch Professor von Liszt auf der diesjährigen deutschen Landesversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung im Jahre 1909 hervor, wo er sagte:

> „Die Bestimmungen über das Verfahren gegen Jugendliche sind gewaltiger als irgend einer von uns in amtlicher Stellung vorzuschlagen gewagt hätte."

Wenn von Liszt trotzdem diesen Abschnitt als unannehmbar bezeichnete, weil das fehle, was in erster Linie nötig sei:

> „ein einheitliches umfassendes Kindergesetz, in dem das Strafverfahren nur der kleinste Teil ist",

so spricht diese von dem hochverdienten und hervorragenden Gelehrten gegebene allgemeine Richtlinie sicherlich eher für die gänzliche Aufhebung des Verweises in Anbetracht der §§ 365 f, 374 f Entw. StPO. als für seine Beibehaltung. Es soll endlich nicht unterlassen werden, anzudeuten, welche Buntscheckigkeit sich bei Beibehaltung des Verweises hinsichtlich der Vollziehungsorgane sachlich ein und desselben Zuchtmittels ergeben würde:

1. die Mahnung wäre zu „vollziehen" teils
   a. durch den Strafrichter als solchen, nämlich durch den Gerichtsvorsitzenden (§ 375), teils
   b. durch den Vormundschaftsrichter (§ 366),
2. der Verweis wäre zu „vollstrecken" (§ 482):
   a. in der Regel durch den Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde,
   b. in denjenigen — voraussichtlich allerdings äußerst seltenen — Ausnahmefällen, daß die Staatsanwaltschaft die Sache nicht vor das Schöffengericht, sondern vor die Strafkammer bringt: die Staatsanwaltschaft.

III.

1. Sollte trotz aller Bedenken der Verweis beibehalten werden, so müßte nach der vorliegenden Regelung des Entwurfs überall da, wo der Staatsanwalt in besonders leichten Fällen nicht von der Befugnis aus § 365 Gebrauch macht, sondern einen Strafbefehl erbittet, der Amtsrichter aber nicht den beantragten Verweis, sondern eine Mahnung oder sonstige Zuchtmaßregel für sachgemäß hält, die Sache nach § 424 [2] erst zur Hauptverhandlung gebracht werden. Bei einer hierauf hinauslaufenden Divergenz zwischen den genannten Behörden erscheint aber der Umweg über die Hauptverhandlung dann entbehrlich, wenn schon die Staatsanwaltschaft die Sache wegen ihrer Geringfügigkeit als für den Strafbefehl geeignet ansieht. In solchen Fällen müßte dem Amtsrichter die Machtbefugnis zugestanden werden, ohne Hauptverhandlung das Verfahren einzustellen und zugleich in dem Einstellungsbeschlusse eine der in § 374, Abs. 2. Satz 2 vorgesehenen Maßregeln auszusprechen, oder die Sache der Vormundschaftsbehörde zu überweisen. Dadurch würde nicht nur das Verfahren erheblich beschleunigt, sondern es würde auch dem Jugendlichen in den dazu ganz unbedenklich geeigneten Fällen die — selbst bei Ausschluß der Öffentlichkeit nach §§ 172 [1], 172 [2] Nov. GVG. und Trennung der Verhandlung von solchen gegen Erwachsene nach §§ 372, 373 Entw. StPO. nicht ganz verschwindende — Bloßstellung und Gefährdung durch die Hauptverhandlung erspart werden. Dem § 424 würde ein dementsprechender Zusatz hinzuzufügen sein.

2. Endlich sei noch angeregt, ob es nicht aus den in § 51 angestellten Erwägungen, die auf das Zuchtmittel der Mahnung in mindestens dem gleichen Maße zutreffen, sich empfiehlt, in dem Abs. 2 des § 375 Entw. StPO. zwischen die Worte: „des Beschlusses" und „vollzogen" die Worte „in nichtöffentlicher Sitzung" hinzuzufügen. Trotz der Selbstverständlichkeit aus prinzipiellen Gründen dürfte die bisherige Erfahrung über die Verbreitung der Verweis-Erteilung in öffentlicher Sitzung die Nützlichkeit eines solchen Zusatzes beweisen. Aus demselben Nützlichkeitsgrunde wären in § 482 l. c. in Abs. 1, Satz 1 zwischen „Vollstreckungsbehörde" und „mündlich" die Worte „in nichtöffentlicher Sitzung" einzuschalten. Diese Vorschläge werden dadurch nicht überflüssig, daß allerdings voraussichtlich in den meisten Fällen die Öffentlichkeit nach §§ 172 [1], 172 [2] Nov. GVG., abgesehen allein von der Verkündung des Urteilstenors, bereits ausgeschlossen sein wird.

Der verantwortliche Redakteur.

Versuch einer Begriffsbestimmung.

Von Universitätsprofessor Dr. August Miřička in Prag.

I.

Es gibt bekanntlich Begriffe, welche dem Uneingeweihten als ganz einfach, feststehend und zweifelsfrei erscheinen, es in Wirklichkeit aber nicht sind. Zu solchen möchte ich auch den Begriff des verantwortlichen Redakteurs rechnen. Denn wiewohl derselbe von den bedeutendsten Preßgesetzgebungen des europäischen Festlandes seit mehr als zwei Menschenaltern verwendet wird und irgend welche Zweifel über seinen Gehalt beinahe gar nicht aufkommen zu lassen scheint, bildet er den Gegenstand grundsätzlicher Meinungsverschiedenheiten, die nicht bloß scholastischer Natur sind, sondern auch wichtige praktische Konsequenzen nach sich ziehen, Meinungsverschiedenheiten, welche als beigelegt bislang nicht anzusehen sind, zumal da die Preßgesetze selbst zur Lösung der Frage sehr wenig beitragen.

Die verschiedenen über den gedachten Begriff aufgestellten Ansichten lassen sich im wesentlichen folgendermaßen gruppieren:

1. Nach einigen (Schwarze, Loening, Groschuff, Heilborn, Buri) ist verantwortlicher Redakteur diejenige Person, welche auf der einzelnen Nummer der periodischen Druckschrift als solcher benannt ist. Erst diese Benennung und nur sie macht die benannte Person zum verantwortlichen Redakteur. Ob der Benannte irgend eine redaktionelle Tätigkeit in betreff der gegenständlichen Nummer entwickelt hat, ist vollständig irrelevant. Entscheidend ist einzig und allein seine Benennung. Wer auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur nicht benannt ist, ist nicht verantwortlicher Redakteur, mag er auch die betreffende Nummer tatsächlich redigiert haben, während der Benannte verantwortlicher Redakteur auch dann ist, wenn er sie in Wirklichkeit nicht redigiert hat.[1])

Diese Grundidee hat bis in ihre letzten Konsequenzen hinein namentlich Loening verfolgt, welcher in der Benennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte seine Erklärung erblickt, daß die betreffende Nummer nichts gesetzwidriges enthalte, daß der Benannte dafür hafte und die allfälligen Folgen auf sich nehme (Garantieerklärung). Begreiflicherweise ist Loening mit Rücksicht darauf genötigt, die Wirksamkeit dieser Benennung auf den Fall einzuschränken, wenn sie mit Wissen und Willen des Benannten erfolgt ist; denn es ist klar, daß einer ohne sein Wissen oder gar gegen seinen Willen geschehenen Nennung die bezeichnete Bedeutung nicht zukommen kann.

Aber auch dann wird gegen die besprochene Ansicht, welche als die in der Literatur des deutschen Preßrechts bisher vorherrschende angesehen werden kann, gewiß mit Recht eingewendet, es widerstreite den Grundsätzen des Strafrechts, daß jemand durch eine bloße Erklärung die strafrechtliche Verantwortung für etwas auf sich nehme, was

---

[1]) Schwarze, Reichspreßrecht (1. u. 2. Auflage) 37 f., Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 37 f., Groschuff, in Goltd. Archiv f. Strafr. XXIII, 27, Heilborn, Reichspreßrecht, 19 f., Buri, in der Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XVI, 48 f.



bereits vordem vielleicht von jemandem ganz anderen begangen wurde. Auch wird darauf hingewiesen, daß diese Ansicht der Entwickelungsgeschichte der Institution des verantwortlichen Redakteurs widerspricht, indem sie folgerichtig zu dem Schlusse führt, daß der verantwortliche Redakteur erst gleichzeitig mit der Herausgabe der einzelnen Nummer, mithin vielleicht zweimal oder auch dreimal des Tages neu entsteht, daher eine völlig ephemäre Erscheinung sei, während nach der der Preßgesetzgebung zu Grunde liegenden Anschauung die Funktion des verantwortlichen Redakteurs als eine feste, dauernde betrachtet werden muß.

Daß dieser letztere Standpunkt auch von dem geltenden deutschen Reichspreßgesetze vom Jahre 1874 geteilt wird, läßt sich aus der Bestimmung des § 7, Abs. 1 folgern, wonach auf jeder Nummer der Name und die Wohnung des (nicht eines) verantwortlichen Redakteurs angegeben werden muß, was darauf hinweist, daß das Gesetz einen schon vor seiner Benennung auf dem Blatte bestellten verantwortlichen Redakteur im Sinne habe. Ferner ergibt sich dies aus dem zweiten Absatze desselben Paragraphen, der in Rücksicht auf die Benennung mehrerer Personen als verantwortlicher Redakteur vorschreibt, daß aus Form und Inhalt der Benennung mit Bestimmtheit zu ersehen sein muß, für welchen Teil der Druckschrift jede der benannten Personen die Redaktion besorgt. Auch ist offensichtlich, daß, vorausgesetzt die Richtigkeit der besprochenen Ansicht, niemals die Rede von einem vorgeschobenen Redakteur sein könnte, da eben der auf dem Blatte Genannte unter allen Umständen der wirkliche verantwortliche Redakteur wäre. Konsequent wäre dann auch die falsche Angabe des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte begrifflich ausgeschlossen, was offenkundig der Bestimmung des § 18 Preßges. widerstreiten würde, in welchem eben die wahrheitswidrige Benennung des Redakteurs mit Strafe bedroht wird.

Diese Einwendungen lassen sich kaum derart entkräften, wie es Loening versucht, der die Fassung des § 7 Preßges. einfach für ein Redaktionsversehen beziehungsweise für einen „Irrtum des Gesetzgebers über den übrigen Inhalt des Gesetzes" erklärt und die bezogene Vorschrift des § 18 in dem Sinne deutet, daß eine falsche Benennung nicht in dem Falle vorliege, wenn eine an der Redaktion nicht beteiligte Person, sondern dann, wenn eine Person benannt wurde, welche „die zur Überwachung des Blattes, zur Prüfung der Rechtmäßigkeit seines Inhalts und demgemäß zur Übernahme einer ernstlichen Verantwortlichkeit erforderliche Bildung und Geistesfähigkeit nicht besitzt" (l. c. S. 44). In dieser Beziehung wird aber von Loening offensichtlich die Tatsache ignoriert, daß die Voraussetzungen der Fähigkeit zur Übernahme der verantwortlichen Redaktion durch das Gesetz selbst bestimmt sind (§ 8 Pr.G.), daß darunter eine Minimalstufe der Bildung nicht vorkommt und daß mithin die betreffende Strafbestimmung des § 18 Pr.G. auf dieses Erfordernis sich nicht beziehen kann.

Was übrigens das österreichische Recht betrifft, ist nicht nur die Nennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte (§ 9, Abs. 3 Pr.G.), sondern auch — zum Unterschiede vom deutschen Rechte — die vorhergehende Anzeige bei der Preßbehörde (§ 10 Z. 2) vorgeschrieben. Es müßte daher derjenige, welcher der besprochenen Meinung grundsätzlich beipflichten wollte, sich im Hinblick auf unser Recht erst mit der Frage auseinandersetzen, welche Bedeutung dieser Anmeldung neben der

Nennung auf dem Blatte überhaupt und insbesondere in dem Falle zukommt, wenn eine mit der anderen nicht übereinstimmt.

Hier möge bloß konstatiert werden, daß die Ansicht, welche das konstitutive Element des Begriffes des verantwortlichen Redakteurs ausschließlich in dessen Benennung auf dem Blatte erblickt, sowohl theoretisch unhaltbar als auch praktisch unannehmbar ist, zumal da sie dem Unwesen der vorgeschobenen Redakteure Tür und Tor öffnet.

2. Zum Unterschied von dieser rein formalen Auffassung legen andere (Honigmann, Schmid, Appelius, Meves) das Gewicht auf ein materielles Moment, auf das tatsächliche Redigieren. Nach dieser Ansicht ist verantwortlicher Redakteur diejenige Person, welche die Redaktionstätigkeit rücksichtlich der in Frage kommenden Nummer der periodischen Druckschrift tatsächlich entwickelt hat. Die Benennung auf dem Blatte ist für die Anhänger dieser Meinung ein ganz untergeordnetes Moment: wer wirklich redigiert hat, trägt die gesetzliche Verantwortung als Redakteur auch in dem Falle, wenn er auf dem Blatte nicht genannt ist, und umgekehrt hat der Benannte diese Verantwortung nicht, falls er in Wirklichkeit nicht redigiert hat. Die Nennung auf dem Blatte hat daher die Bedeutung eines bloßen außergerichtlichen Geständnisses, daß nämlich der Genannte die gegenständliche Nummer redigiert habe, eines Geständnisses, welches mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen muß, daher widerlegt werden kann.[2])

Gegen diese Meinung wird — gerade so wie gegen die unter Z. 1 besprochene Theorie — mit Recht eingewendet, sie widerspreche der Entstehungsgeschichte des Institutes der verantwortlichen Redakteure und auch dem geltenden Rechte, welches in der verantwortlichen Redaktion eine dauernde Funktion erblickt, während zufolge der in Rede stehenden Ansicht die Person des verantwortlichen Redakteurs unausgesetzten Wandlungen unterworfen wäre, je nachdem dieser oder jener die Redaktionstätigkeit wirklich ausüben würde. Ferner wird auf die bedeutenden Schwierigkeiten hingewiesen, welche bei Festhaltung dieser Meinung in der Praxis sich ergeben würden, weil die Anwendung der Vorschriften über die Haftung des verantwortlichen Redakteurs immer von dem Beweise abhängig wäre, daß die auf dem Blatte benannte Person bezüglich der beanstandeten Nummer als Redakteur wirklich tätig war, namentlich wenn erwogen wird, daß diese Tätigkeit von mehreren Personen ausgeübt werden konnte.

Die Richtigkeit der besprochenen Theorie, welche in dem Wortlaute des 2. Abs. des § 7 Reichspreßgesetzes („die Redaktion versieht") scheinbar eine Stütze findet, hängt jedoch meines Erachtens von einer befriedigenden Beantwortung der Frage ab, worin denn die Redaktionstätigkeit bestehe, der sich jemand hinsichtlich einer bestimmten Nummer der periodischen Druckschrift tatsächlich unterzogen haben muß, um als verantwortlicher Redakteur angesehen werden zu können. Und wenn Appelius (l. c. 53) in dieser Beziehung sagt, verantwortlicher, Redakteur sei derjenige, „der bei einer Druckschrift den zur Aufnahme

---

[2]) Honigmann, Die Verantwortlichkeit des Redakteurs, 116f., Schmid, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Preßvergehen, 49 f., Appelius, 4. Ausgabe von Schwarzes Reichspreßgesetz 53, u. Zeitschrift f. d. ges. StfrW. 27, 657, Meves, Goltd. Archiv f. Stfr. XXXIX, 23.

gesammelten Stoff auf seine etwaige Strafbarkeit geprüft und über seine Aufnahme entschieden hat," so ergibt sich von selbst die Frage: Wie, wenn diese Tätigkeit bezüglich einer bestimmten Nummer einer periodischen Druckschrift keine der an der Redaktion beteiligten Personen, noch sonst jemand ausgeübt hat — ein gewiß ganz gut möglicher Fall — wer ist dann verantwortlicher Redakteur?

Diese Erwägung hat offenbar Honigmann (l.c. 119) zu einer gewissen Erweiterung der Definition des verantwortlichen Redakteurs in dem Sinne bewogen, daß verantwortlicher Redakteur derjenige sei, „welcher die inkriminierte Nummer entweder tatsächlich ‚redigiert' hat, d. h. hinsichtlich der darin zu veröffentlichenden Artikel ein Prüfungs-, Aufnahme- und Ablehnungs-Recht ausgeübt hat oder kraft seiner Stellung, in Gemäßheit seiner Redaktionspflicht, hätte redigieren sollen." Hierdurch wird aber offensichtlich die ganze Frage auf ein anderes Gebiet hinübergeleitet. Denn es drängt sich dann sofort die Frage auf: Wer ist es, der vermöge seiner Stellung, vermöge seiner Redaktionspflicht, hätte redigieren sollen? Wodurch wird diese Stellung bestimmt? Welches ist das diese Pflicht begründende Moment? Und wie, wenn der eine hätte redigieren sollen, jedoch nicht redigiert hat, während der andere redigierte, obwohl er nicht redigieren sollte? Wer ist dann verantwortlicher Redakteur? Dieser oder jener? Oder haften etwa beide solidarisch? Dies würde offenbar dem Reichspreßgesetze widerstreiten, welches eine solche Solidarredaktion nicht zuläßt. (Arch. § 7 Abs. 2.)

Mir scheint es unzweifelhaft zu sein, daß eine wirkliche Ausübung der Redaktionstätigkeit in betreff einer bestimmten Nummer einer periodischen Druckschrift zwar die Verantwortlichkeit in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts begründen kann, eine begriffliche Grundlage jedoch für die besondere Stellung und Haftung des verantwortlichen Redakteurs nicht zu bilden vermag. Diese entspringt, wie wir sehen werden, einer ganz anderen Quelle. Deswegen kann auch diese Theorie nicht akzeptiert werden.

3. Nach der Ansicht einer dritten Gruppe von Schriftstellern (Liszt, Baumgarten, Oetker, Wahl) setzt sich der Begriff des verantwortlichen Redakteurs aus zwei Momenten zusammen, einem formalen und einem materiellen. Danach ist verantwortlicher Redakteur diejenige Person,

a) welche als verantwortlicher Redakteur auf der Druckschrift benannt und

b) welche zugleich Redakteur wirklich ist.[3])

Zum Unterschiede von der eben unter Z. 2 erörterten Theorie erblicken aber die Anhänger der besprochenen Meinung das Wesen des unter b) angedeuteten Momentes nicht in der Entwicklung einer Redaktionstätigkeit hinsichtlich einer bestimmten Nummer der Zeitung, sondern in einem dauernden Verhältnisse der als verantwortlicher Redak-

---

[3]) v. Liszt, Lehrbuch des österr. Preßrechtes, 80 f., Das deutsche Reichspreßrecht, 34 f. und in Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. Redakteur, Baumgarten in der Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft V, 519, Oetker, Die strafrechtliche Haftung des verantw. Redakteurs 9 f. und Die Verantwortlichkeit des Zeitungsredakteurs (Sonderabdruck aus den Preußischen Jahrbüchern, Bd. 76, S. 385 f.), Wahl, Die strafrechtliche Haftung des verantw. Redakteurs, 5.



teur benannten Person zu dem Zeitungsunternehmen. Die angeführten Schriftsteller stimmen in negativer Richtung darin überein, daß dem verantwortlichen Redakteur nicht gerade eine führende Rolle in der Redaktion zugedacht sein muß, daß also der verantwortliche Redakteur nicht zugleich Chefredakteur zu sein braucht und umgekehrt, daß der Chefredakteur nicht als verantwortlicher Redakteur benannt sein muß. In positiver Hinsicht hat sich v. Liszt (Lehrbuch des österr. Preßrechts) ursprünglich wenigstens für das österreichische Preßrecht damit begnügt, daß der verantwortliche Redakteur überhaupt an der Redaktion beteiligt sei. Später (Das deutsche Reichspreßrecht und Holtzendorff's Rechtslexikon) erklärt er für notwendig, aber auch für zureichend, wenn der auf der Druckschrift benannten Person „die Oberaufsicht über den Gesamtgang der Redaktionsgeschäfte nach der Richtung hin übertragen ist, daß er den Inhalt jeder Nummer auf seine etwaige kriminelle Bedeutung zu prüfen hat."[4])

Es ist nicht zu verkennen, daß die zuletzt angeführte Auslegung, welche v. Liszt seinem Postulate, der verantwortliche Redakteur müsse wirklich Redakteur sein, gibt, einen gesunden Kern enthält, insoweit nämlich, als derselbe in der verantwortlichen Redaktion eine dauernde Institution sieht und die rechtliche Grundlage dieser Institution in der Übertragung einer gewissen Funktion und in der dadurch übernommenen Pflicht zur Ausübung dieser Funktion, nicht aber in der tatsächlichen Ausübung derselben erblickt. Andererseits wird durch diese Definition v. Liszts das Wesen der Sache meines Erachtens nicht erschöpft, hauptsächlich aus dem Grunde, weil sie zu eng gefaßt ist. Denn die Prüfung des Zeitungsinhaltes in strafrechtlicher Beziehung bildet, wie wir sehen werden, nicht die einzige Pflicht des verantwortlichen Redakteurs.

Anlangend das sub a) bezeichnete Erfordernis, d. i. die Benennung auf dem Blatte, stimmt die Meinung v. Liszts und seiner Anhänger mit der oben unter Z. 1 erörterten Theorie überein. Während jedoch diese Theorie das gedachte Erfordernis für das einzige begriffliche Merkmal des verantwortlichen Redakteurs ansieht und so den Unterschied zwischen dem verantwortlichen und dem vorgeschobenen Redakteur vollständig verwischt, findet v. Liszts Ansicht ein geeignetes Korrektiv dieses rein formalen Momentes in seinem zweiten Postulate, demgemäß der Benannte wirklicher Redakteur in dem eben bezeichneten Sinne sein muß. Wer mithin auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur angegeben ist, ohne in Wirklichkeit Redakteur in diesem Sinne zu sein, ist nach v. Liszt kein verantwortlicher Redakteur, er hat nicht die besondere, in den §§ 20 und 21 Reichspreßgesetzes vorgesehene Verantwortlichkeit, seine Bezeichnung auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur ist eine fälschliche im Sinne des § 18 dieses Gesetzes. Doch ebenso ist derjenige kein verantwortlicher Redakteur, welcher die bezeichnete Stellung in der

---

[4]) v. Liszts Ansicht hat sich im wesentlichen Sládeček, Tiskové právo trestní a policejní, 41 f., angeschlossen, doch genügt ihm nicht eine negative Kontrolltätigkeit in strafrechtlicher Beziehung, sondern er betrachtet es als notwendig, daß der Benannte wirklich Redakteur sei, ohne aber klar anzugeben, was darunter zu verstehen sei. Ebenso schwankend ist die Begriffsbestimmung Kloeppels, Das Reichspreßrecht, 203 f.; gegen diesen Bülow in Goldtd. Archiv 43, 334 f, Liebich, Der verantw. Redakteur, 34 f. und Schwarze-Appelius, Reichspreßgesetz, 4. Aufl., 50.



Redaktion tatsächlich einnimmt, ohne aber auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur benannt zu sein. Es erblicken zunächst v. Liszt und seine Anhänger — gerade so wie es die oben unter Z. 1. besprochene Theorie tut — in dieser Benennung die Übernahme der Verantwortlichkeit, d. i. die Erklärung, daß die genannte Person für die dem verantwortlichen Redakteur gesetzlich auferlegten Pflichten haften wolle.

Doch in diesem Punkte vermag ich der Ansicht v. Liszts nicht beizupflichten, da der Nennung auf dem Blatte, wie unten gezeigt werden wird, die ihr von Liszt beigemessene Bedeutung nicht zukommt und gar nicht zukommen kann.

4. Nach einer anderen Meinung endlich ist verantwortlicher Redakteur derjenige, welcher vom Eigentümer der Zeitung als Redakteur mit der besonderen Verpflichtung bestellt wurde, damit er die Redaktion in strafrechtlicher Beziehung beaufsichtige. Nach dieser Ansicht ist also der verantwortliche Redakteur in erster Reihe Redakteur. Doch nicht jede Person, die vom Zeitungsunternehmer zur Mitwirkung in der Redaktion berufen erscheint, ist auch schon verantwortlicher Redakteur, sondern nur jener Redakteur, welcher eben die bezeichnete Sonderverpflichtung nach Übereinkunft mit dem Eigentümer der Zeitung übernommen hat. Ob er auf dm Blatte als verantwortlicher Redakteur benannt erscheint, ist ohne Belang.

Diese Meinung erblickt also den Rechtsgrund der Stellung des verantwortlichen Redakteurs und zugleich sein einziges Begriffsmerkmal in dem zwischen Redakteur und Zeitungseigentümer zustandegekommenen Vertrage, kraft dessen jener die Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs auf sich nimmt.

Es ist das Verdienst Bülows,[5]) auf dieses wichtige Moment aufmerksam gemacht und darauf den Begriff des verantwortlichen Redakteurs aufgebaut zu haben. Denn gerade der Umstand, daß dieses Moment, nämlich die Bestellung durch den Eigentümer der periodischen Druckschrift, übersehen zu werden pflegte, hat meines Erachtens zu jenen verschiedenen Begriffsbestimmungen geführt, welche sich dann in der Praxis als unbrauchbar zeigten.

Die Ansicht Bülows gelangt allmählich zur Anerkennung, sowohl in der Rechtsprechung, als neuestens in der Literatur.[6]) Sie allein stimmt meines Erachtens wie mit der Entwicklungsgeschichte der Institution, so auch mit dem geltenden Rechte und mit den Bedürfnissen der Praxis überein.

---

[5]) Goltdammers Archiv f. Stfr., Bd. 40, S 241 f. und Bd. 43, S. 339 f., dann Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, 14. 619 f.

[6]) Vgl. insbesondere die Urteile des Reichsgerichtes vom 21. Mai 1895, Entsch. in Stfs., Bd. 27, S. 91 und vom 28 April 1903, Entsch in Stfs. Bd. 36. S. 79 In der Literatur sind der Meinung Bülows, soweit mir bekannt, bisher beigetreten: Brenske, Wer ist verantwortlicher Redakteur? Rost. Dissert. 1900, Derselbe in dem Gerichtssaal, Bd. 60, S. 50; Liebich, Der verantwortliche Redakteur und seine Haftung aus § 20, Absatz 2 des Reichspreßgesetzes, Zimmermann, Die Grundbegriffe des franz.-belgischen Preßstrafrechts, S. 45. Unbestimmt Gaze, Die strafrechtliche Haftung für Preßdelikte, 86 f., welcher zwar die Ansicht, daß das Moment der Bestellung seitens des Eigentümers begriffsbegründend sei, nicht als richtig anerkennt (S. 86), trotzdem aber schließlich zu wesentlich gleichen Ergebnissen wie Bülow gelangt.

Nicht ganz widerspruchsfrei scheinen mir Bülows Ausführungen betreffs der Frage zu sein, in welchem Maße der verantwortliche Redakteur an den Redaktionsarbeiten mitwirken, oder, mit anderen Worten, inwiefern er wirklich Redakteur sein muß. Bülow erklärt an einer Stelle[7]) seine Ansicht in dieser Beziehung für ganz übereinstimmend mit dem oben unter Z. 3. b) angeführten Begriffsmerkmale der Theorie v. Liszts, wonach es genügt, daß dem Redakteur die Aufsicht über die periodische Druckschrift in strafrechtlicher Beziehung anvertraut sei. Wir werden aber sehen, daß Bülow an dieser Ansicht nicht konsequent festhält. Auch das Verhältnis der Begriffe Redakteur und verantwortlicher Redakteur und der wesentliche Unterschied zwischen dem wirklichen und dem vorgeschobenen verantwortlichen Redakteur scheinen mir nicht genügend klargestellt zu sein.

Meine eigene Ansicht nach allen gedachten wesentlichen Richtungen hin unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zu präzisieren, hiernach den Begriff des verantwortlichen Redakteurs zu bestimmen und von dem des vorgeschobenen Redakteurs scharf abzugrenzen, ist Zweck der nachstehenden Ausführungen. Dabei soll auch die Frage Erörterung finden, inwiefern die zu entwickelnde Ansicht mit dem Begriffe des verantwortlichen Redakteurs, wie er sich im österreichischen Recht herausgebildet hat, vereinbar ist, und ob namentlich die im geltenden österreichischen Preßgesetze vorgeschriebene vorläufige Anzeige des verantwortlichen Redakteurs an die Behörde als ein weiteres Begriffsmerkmal oder als ein ebenso belangloses Moment, wie es nach Bülow die Benennung des verantwortlichen Redakteurs auf der Druckschrift ist, angesehen werden soll.

II.

Die Entstehung der Institution des verantwortlichen Redakteurs steht zweifellos im Zusammenhange mit der Anonymität der periodischen Presse und den hieraus entspringenden Beweisschwierigkeiten in betreff der Frage, wem die durch den Inhalt eines in einer periodischen Druckschrift abgedruckten Artikels begangene strafbare Handlung zuzurechnen sei. Diese Schwierigkeiten sind begreiflicherweise erst nach der Aufhebung der Zensur hervorgetreten. Bot ja die Zensur selbst ausreichende Gewähr dafür, daß der Inhalt der Druckschrift nicht gegen das Strafgesetz verstoße, und wenn es trotzdem hier und da vorkam, daß ein Strafverfahren wegen des Inhaltes einer mit Bewilligung der Zensur herausgegebenen Druckschrift eingeleitet wurde, so erforderten diese gewiß nur ausnahmsweisen Fälle keine besonderen gesetzlichen Maßnahmen.

Erst nach der Aufhebung der Zensur erschien es angesichts der obbezeichneten Sondereigenschaft der periodischen Presse notwendig, sich gewissermaßen schon im voraus einer wegen des strafbaren Inhaltes zur Rechenschaft zu ziehenden Personen zu versichern. Zur Zeit, als dieses Bedürfnis an die Legislative der deutschen Bundesstaaten herantrat, lag bereits ein Vorbild in der französischen Gesetzgebung vor, nämlich der gérant responsable des französischen Preßgesetzes vom 18. Juli 1828, durch welchen der éditeur responsable des Preßgesetzes vom 9. Juni 1819 ersetzt worden war. Nach den bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes vom Jahre 1828 mußte jeder gérant responsable einer

[7]) Goltdammers Archiv f. Stfr., 43, 327.

kautionspflichtigen Zeitung Eigentümer wenigstens eines Betriebsanteils und mindestens eines Viertels der erlegten Kautionssumme sein. Außerdem waren die verantwortlichen Geranten oder wenigstens einer von ihnen verpflichtet, persönlich die Redaktion zu beaufsichtigen und zu leiten (surveiller et diriger). Das Exemplar, welches bei der zuständigen Behörde zugleich mit der Herausgabe einer jeden Nummer zu hinterlegen war, mußte wenigstens von einem der Geranten unterschrieben sein. Diesen beziehungsweise diese traf dann die Haftung für den Inhalt des Blattes, die so streng war, daß den verantwortlichen Geranten die volle Strafe des Täters und zwar auch in dem Falle treffen sollte, wenn er selbst an dem Zustandekommen des strafbaren Inhaltes nicht mitgewirkt hat.

Dem Gesagten sind zwei den Begriff des verantwortlichen Geranten nach dem französischen Preßgesetz vom Jahre 1828 charakterisierende Momente zu entnehmen, und zwar einerseits die vom Gesetze verlangte finanzielle Beteiligung an dem Zeitungsunternehmen, anderseits der Umstand, daß der verantwortliche Gerant nicht Redakteur war oder es wenigstens nicht sein, d. i. nicht aktiv an dem Zustandekommen des Gedankeninhaltes der Druckschrift beteiligt sein mußte.

Die Gesetzgebungen der deutschen Bundesstaaten wichen, als sie nach der Aufhebung der Zensur nach einer Person Umschau hielten, welche sie im vorhinein für den strafbaren Inhalt der periodischen Druckschrift verantwortlich machen könnten, von dem Vorbilde des französischen Preßgesetzes vom Jahre 1828 darin ab, daß sie an Stelle des verantwortlichen Geranten den verantwortlichen Redakteur setzten. Diese Abweichung ist nicht bloß eine äußerliche, formelle, vielmehr hat sie auch eine wichtige innere Bedeutung, nämlich die, daß das Erfordernis des finanziellen Interesses an dem Zeitungsunternehmen durch das Moment einer aktiven Mitwirkung an dem Zustandekommen des Gedankeninhaltes der Druckschrift vollständig verdrängt wurde. Damit ist allerdings schon weit besser vereinbar der Grundsatz, daß für ein durch den Inhalt der Druckschrift allenfalls begangenes Delikt der verantwortliche Redakteur zu haften habe.

Das erste deutsche Partikularpreßgesetz, in welchem die Institution des verantwortlichen Redakteurs Aufnahme gefunden hat, ist das badische Preßgesetz vom 28. Dezember 1831. Daß dieses Gesetz, welches vorbildlich war für die Preßgesetze anderer deutschen Bundesstaaten und insbesondere auch für die österreichische Preßgesetzgebung, selbst unter dem Einflusse des oben erwähnten französischen Preßgesetzes vom Jahre 1828 zustande gekommen ist und daß namentlich auch der verantwortliche Redakteur sein Vorbild in dem verantwortlichen Gerant hat, scheint unzweifelhaft. Ob es jedoch auch der Wahrheit entspricht, daß die Institution des verantwortlichen Redakteurs in dem badischen Gesetze aus einer mißverständlichen Auffassung des französischen Vorbildes hervorgegangen ist, wie Loening (Die strafr. Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 73) behauptet, dies mag hier dahingestellt bleiben. Soviel steht fest, daß die Gesetze der deutschen Staaten, indem sie bei Entscheidung der Frage betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Inhalt der periodischen Druckschrift das Gewicht auf die geistige Mitwirkung bei dem Zustandekommen dieses Inhaltes legten, sich damit um ein Bedeutendes den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen genähert haben. Denn es ist klar,

daß nach diesen Grundsätzen nur eine wirkliche Anteilnahme an der Schaffung des strafbaren Inhaltes und nicht etwa die Außerachtlassung einer Aufsichtspflicht die Grundlage für die Anwendung der gesetzlich bestimmten Täterstrafe bilden kann.

Allerdings könnte der Wortlaut des betreffenden § 6 des badischen Preßgesetzes vom Jahre 1831:

> Für jede Zeitschrift oder Zeitung ist ein badischer Staatsbürger, der das dreißigste Lebensjahr zurückgelegt hat, als verantwortlicher Redakteur zu benennen. Jedem Hefte einer Zeitschrift und jedem Blatte einer Zeitung soll der Name des verantwortlichen Redakteurs beigefügt sein —

Bedenken in der Richtung aufkommen lassen, ob es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen war, daß gerade nur der wirkliche Redakteur als verantwortlicher Redakteur benannt werden soll. Daß trotzdem nur diese Auslegung der Intention des Gesetzes gerecht wird, dafür scheinen historische und auch sachliche Gründe zu sprechen. In historischer Beziehung fällt wohl in die Wagschale, daß der Begriff des Redakteurs schon vordem zur Zeit der Zensur sowohl dem wirklichen Leben als auch der Gesetzgebung bekannt war.[8]) In sachlicher Richtung scheint es aber geradezu undenkbar zu sein, daß das erwähnte badische Gesetz die Möglichkeit hätte zulassen wollen, daß als verantwortlicher Redakteur irgend ein extraneus, eine Person, welche in keiner Beziehung zu dem Gedankeninhalt der per. Druckschrift steht, benannt werde. So etwas konnte das genannte Gesetz umsoweniger bezweckt haben, als es, wie wir gesehen haben, das von dem französischen Preßgesetze des Jahres 1828 aufgestellte Erfordernis einer finanziellen Beteiligung an dem Zeitungsunternehmen fallen gelassen hat.

Bestimmter lauten in der gedachten Beziehung das sächsische Preßgesetz vom 18. November 1848 und das preußische Preßgesetz vom 12. Mai 1848,[9]) indem sie bald vom verantwortlichen Redakteur, bald einfach nur vom Redakteur sprechen, ohne daß es dem geringsten Zweifel unterliegen könnte, daß damit eine und dieselbe Person, nämlich diejenige, welche der Behörde als verantwortlicher Redakteur angezeigt, bezw. als solcher auf dem Blatte benannt wurde, gemeint ist.

Das geltende Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874 hat sich, indem es im § 7 die Angabe des Namens und Wohnortes „des verantwortlichen Redakteurs" auf dem Blatte vorschreibt, in dieser Beziehung offenbar an die Fassung des § 24 des preussischen Preßgesetzes vom Jahre 1851 angelehnt. Die Bezeichnung „verantwortlicher Redakteur" wird im Reichspreßgesetz konsequent festgehalten. Eine Ausnahme bildet die Bestimmung des letzten Absatzes des § 18, worin der Verleger einer periodischen Druckschrift auch dann als straffällig erklärt wird, wenn er wissentlich geschehen läßt, daß auf derselben eine Person fälschlich als Redakteur benannt wird. Doch kann es kaum zweifelhaft sein, daß auch hier der verantwortliche Redakteur gemeint ist, da eben nur

---

[8]) So wird vom Redakteur beispielsweise schon in dem berüchtigten Bundesbeschluß vom 20. September 1819 (dem sog. Bundespreßgesetze) gesprochen.

[9]) Die betreffenden Bestimmungen dieser beiden Preßgesetze sind bei Bülow, Goltd. Archiv f. Stfr. 40, 253 f. zitiert. Mit Rücksicht auf die bezüglichen Ausführungen Bülows kann ich mich betreffs der Entwicklungsgeschichte der behandelten Institution in der Deutschen Gesetzgebung ganz kurz fassen.

dieser nach dem zitierten § 7 auf dem Blatte zu benennen ist.[10]) Daß übrigens nach der Ansicht des Gesetzgebers nur der wirkliche Redakteur als verantwortlicher Redakteur benannt werden könne, scheint aus der Vorschrift des § 7 Abs. 2 hervorzuleuchten, wonach bei der Benennung mehrerer Personen aus Form und Inhalt der Benennung mit Bestimmtheit zu ersehen sein muß, für welchen Teil der Druckschrift jede der benannten Personen „die Redaktion besorgt". Freilich müssen aber alle an diesen Wortlaut in der gedachten Richtung sich knüpfenden Schlußfolgerungen hinsällig werden, sobald man annimmt, daß hier nichts anderes gemeint ist, als die Führung der verantwortlichen Redaktion. Tatsächlich ist dies, wie sich weiter unten zeigen wird, die einzig richtige Ausleoung.

Was das österreichische Recht betrifft, so enthielt das provisorische Preßgesetz vom 31. März 1848 im § 5 nachstehende Bestimmung:

> Für jede in diesen Staaten erscheinende Zeitung oder periodische Schrift ist der Behörde ein verantwortlicher Redakteur anzuzeigen, welcher österreichischer Staatsbürger, im Inlande wohnhaft und wenigstens 24 Jahre alt sein muß und vor Herausgabe der Schrift, wenn dieselbe nicht mehr als dreimal in der Woche erscheint, für Kosten, Entschädigung und Geldstrafen eine Kaution im Betrage von 1000 fl., wenn sie öfter erscheint, im Betrage von 2000 fl. Konv.-Münze zu stellen hat. Diese Kaution ist in Provinzialstädten bei der Landesstelle, in Kreisstädten bei dem Kreisamte oder der Delegation zu leisten, bei welchen Behörden auch die oben hinsichtlich des Redakteurs geforderte Ausweisung zu geschehen hat.

In dem folgenden § 9 (Pflichtexemplare) und § 12 (Druckschriften wissenschaftlichen, künstlerischen oder technischen Inhaltes) wird von „dem verantwortlichen Redakteur" gesprochen, ebenso im § 30:

> Für den Inhalt der Zeitungen und Zeitschriften haftet jedenfalls der verantwortliche Redakteur.

Anders im § 10:

> In Betreff der Zeitungen und periodischen Schriften soll die Behörde nach Vernehmung der beteiligten Redaktoren Mit Rücksicht auf die Ankunft und den Abgang des Postens eine Stunde festsetzen, in welcher die im § 9 angeordnete Hinterlegung zu geschehen hat. Findet darüber zwischen der Behörde und den Redaktoren eine Vereinbarung nicht statt, so erfolgt die Festsetzung in den Provinzial-Hauptstädten durch die Landesstelle, in anderen Städten durch das Kreisamt.

Wie aus dem zitierten § 5 hervorgeht, nähert sich der verantwortliche Redakteur des provisorischen Preßgesetzes v. 31. März 1848 einigermaßen dem gérant responsable des französschen Preßgesetzes vom Jahre 1828, indem auch ihm die Pflicht zur Leistung einer Kaution auferlegt wird, wodurch er an dem Zeitungsunternehmen zum Teile auch materiell beteiligt wird. Allerdings ist diese Bestimmung durch den folgenden § 6 gemildert, demgemäß die Sicherheit nicht nur in barem oder durch Be-

---

[10]) Klar ergibt sich dies auch aus der Fassung der bezüglichen Stelle im Regierungsentwurf (§ 19 vorletzter Absatz): „wenn er wissentlich geschehen läßt, daß auf derselben eine Person fälschlich als verantwortlicher Redakteur benannt wird, während in Wirklichkeit ein anderer die Redaktion leitet." Vgl. Goltd. Archiv, Bd. 22, S. 166.



stellung einer Hypothek, sondern auch durch Bürgschaft geleistet werden kann.

Die mit der Verordnung des Ministerrates vom 18. Mai 1848 Z. 1150 J. G. S. erlassene provisorische Preßordnung bestimmt im § 5:

> Auch um eine periodische Druckschrift herauszugeben, bedarf es keiner Erlaubnis einer Obrigkeit, sondern es genügt, daß vor Herausgabe der Zeitung oder periodischen Schrift der Behörde ein verantwortlicher Redakteur angezeigt werde . . .
>
> Der Redakteur ist schuldig, seinen Namen jedem einzelnen Blatte oder Hefte beizusetzen.

Im § 20 der gedachten provisorischen Verordnung (Verantwortlichkeit für die „strafbare" Druckschrift) wird von „dem verantwortlichen Redakteur", im § 7 (Pflicht zur Veröffentlichung der Anklage und des Urteiles) von „dem Redakteur", im § 6 (Berichtigungszwang) sogar von der Redaktion („gegen den Willen der Redaktion") gesprochen.

Konsequenter in der Nomenklatur als die beiden bezeichneten Preßordnungen vom Jahre 1848, welche in der Hast der damaligen stürmischen politischen Ereignisse entstanden, allem Anschein nach gar nicht ins Leben getreten sind, ist das mit dem kais. Patente vom 13. März 1849 RGBl. 161 erlassene Preßgesetz, welches durchweg von dem verantwortlichen Redakteur spricht, so namentlich im § 4, demgemäß jedes Blatt (Nummer) oder Heft einer periodischen Druckschrift nebst anderen Angaben auch „den Namen des verantwortlichen Redakteurs" enthalten muß, und im § 6, welcher unter den Erfordernissen der vorläufigen Anzeige der beabsichtigten Herausgabe einer periodischen Druckschrift ad b) anführt:

> Den Namen und Wohnort eines mit den gesetzlichen Eigenschaften versehenen verantwortlichen Redakteurs und wenn mehrere verantwortliche Redakteure auf dem Blatte genannt werden sollen, den Namen und Wohnort aller.

Ebenso spricht § 8 (Erfordernisse des verantwortlichen Redakteurs) und § 43 (Verantwortlichkeit für den Inhalt) von „jedem verantwortlichen Redakteur".

Interessant für unsere Frage ist der Wortlaut des Preßgesetzes vom 27. Mai 1852 RGBl. Nr. 122, welches bekanntlich im Zeichen der Reaktion stehend in politischer Richtung zwar einen bedeutenden Rückschritt bedeutet, in rechtlicher Beziehung aber an die Zustände der vormärzlichen Zeit der Zensur anknüpft, und so in dieser Hinsicht das dieser Periode nächste Glied in der durch die vorhergehenden politischen Ereignisse auf kurze Zeit unterbrochenen Entwicklungskette bildet.

Das bezeichnete Gesetz blieb durch volle zehn Jahre in Wirksamkeit und bildet so den Übergang zu dem zurzeit geltenden Preßrechte.

Anlangend unserer Frage bestimmt § 2 des gedachten Gesetzes, daß jede Nummer oder jedes Heft einer periodischen Druckschrift nebst anderen Erfordernissen auch „den Namen des oder der Redakteure" enthalten muß. Im § 3 ist vorgeschrieben, daß die Pflichtexemplare einer periodischen Druckschrift, die spätestens eine Stunde vor der Herausgabe oder Versendung den zuständigen Preßbehörden vorzulegen sind, mit der Unterschrift des verantwortlichen Redakteurs versehen sein müssen. Gemäß § 10 hat das Gesuch um Erteilung der erforderlichen Konzession zur Herausgabe einer periodischen Druckschrift nebst sonstigen Erfordernissen zu enthalten:

3. Den Namen und den Wohnort eines mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenen Redakteurs, und wenn mehrere Redakteure auf dem Blatte genannt werden sollen, den Namen und Wohnort aller;

4. Die Nachweisung über die gesetzlichen Eigenschaften jedes auf dem Blatte zu nennenden Redakteurs zur Führung der Redaktion.

§ 12 bestimmt die Erfordernisse, welche jeder Redakteur der periodischen Druckschrift haben muß, und § 34, welcher die preßrechtliche Fahrlässigkeit behandelt, spricht von „jedem auf dem Blatte genannten Redakteur".

Aus dem Angeführten erhellt, daß das Preßgesetz vom Jahre 1852 — zum Unterschiede von seinem Vorgänger, dem Preßgesetze vom Jahre 1849 — mit einziger Ausnahme des § 3 nicht vom verantwortlichen Redakteur, sondern einfach vom Redakteur spricht, was umsomehr in die Augen springt, als der Wortlaut der §§ 2 und 10 Z. 3 des Preßgesetzes vom Jahre 1852 mit der Fassung der §§ 4 und 6 b) des Preßgesetzes vom Jahre 1849 im übrigen fast wörtlich übereinstimmt. Es ist daher mit Grund anzunehmen, daß das Wort „verantwortlich" im letzteren Gesetze geflissentlich gestrichen wurde, um eben klar zu machen, daß nach der Absicht des Gesetzgebers nur der wirkliche Redakteur auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur benannt werden, daß mithin nur derjenige, wer tatsächlich Redakteur des Blattes ist, veranwortlicher Redakteur sein könne.

Zu bemerken ist, daß auch im § 10 des gleichzeitig mit dem erwähnten Preßgesetze erlassenen, bisher geltenden Strafgesetzes vom 27. Mai 1852, welcher bestimmt, wann die Strafbarkeit eines durch den Inhalt der Druckschrift begangenen Verbrechens für die daran beteiligten Personen beginnt, bloß vom Redakteur (und nicht vom verantwortlichen Redakteur) die Rede ist.

Das geltende Preßgesetz vom 17. Dezember 1862 Nr. 6 RGBl. vom J. 1863 greift in der behandelten Beziehung im wesentlichen auf die Nomenklatur des Preßgesetzes vom 13. März 1849 zurück, indem es grundsätzlich vom verantwortlichen Redakteur spricht, so insbesondere im § 9 Absatz 3:

Jedes Blatt (Nummer) oder Heft einer periodischen Druckschrift hat überdies auch den Namen wenigstens eines verantwortlichen Redakteurs zu enthalten.

Ingleichen hat gemäß § 10 die Anzeige von der beabsichtigten Herausgabe einer periodischen Druckschrift außer anderen Angaben auch den Namen und Wohnort eines verantwortlichen Redakteurs zu enthalten.

Diese Nomenklatur wird auch in dem Regierungsentwurf eines Preßgesetzes vom J. 1902 festgehalten; nur wird im § 8 Abs. 1 die Verantwortlichkeit des auf der Druckschrift zu nennenden verantwortlichen Redakteurs durch die Worte: eines für den Inhalt der Druckschrift verantwortlichen Redakteurs genauer bestimmt.

Die Einheitlichkeit der in der besprochenen Richtung im Preßgesetze vom J. 1862 im übrigen gewahrten Terminologie wird in den §§ 11 und 32, welche ziemlich auffallender Weise einfach nur vom Redakteur sprechen, durchbrochen. Dasselbe geschieht auch im Artikel III Z. 1 der Preßgesetznovelle vom 15. Oktober 1868 RGBl. Nr. 142, durch welchen der erwähnte § 32 des Preßgesetzes vom J. 1862 ersetzt wurde. Daß jedoch der Aus-

druck „Redakteur" in allen diesen Gesetzesstellen keine andere Bedeutung haben kann als die Bezeichnung „verantwortlicher Redakteur", ergibt sich bezüglich des § 11 schon aus seiner Beziehung zu dem zitierten § 10, zu welchem er die Strafsanktion enthält, bezüglich des § 32 und des Artikels III der Preßgesetznovelle aber daraus, daß dieselben die Verantwortlichkeit des Redakteurs regeln, mithin begreiflicherweise eben nur den verantwortlichen Redakteur im Sinne haben können. Es handelt sich hier also offenbar nur um eine Ungenauigkeit der gesetzlichen Terminologie. Dasselbe ist wohl auch vom § 10 des Regierungsentwurfs vom J. 1902 anzunehmen, welcher im vorletzten Absatze von der Führung der Redaktion seitens des verantwortlichen Redakteurs spricht.[11])

Übrigens soll nicht in Abrede gestellt werden, daß in dieser vereinzelten, sicherlich eher unwillkürlichen, als bewußten und absichtlichen Außerachtlassung des Beiwortes „verantwortlich" ein instinktiver Nachklang der ursprünglichen Ansicht zu erblicken sei, wonach verantwortlicher Redakteur nur der wirkliche Redakteur, d. h. diejenige Person, welche den Stoff für die Zeitung sammelt, sichtet, auswählt, zum Drucke übergibt und so den Zeitungsinhalt bestimmt, sein kann, einer Ansicht, welche, wie wir gesehen haben, sich besonders deutlich in der Nomenklatur des Preßgesetzes vom J. 1852 abspiegelt.

(Schluß folgt.)

Bemerkungen zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe einer Strafprozeßordnung.

Von Oberlandesgerichtsrat Treitel in Königsberg i. Pr.

Obwohl der Entwurf mehrfach im allgemeinen und in einzelnen Erörterungen[1]) besprochen ist, dürfte es vielleicht doch noch angebracht sein, auf einige weitere, vornehmlich aus der Erfahrung in der Praxis entnommene Gesichtspunkte besonders hinzuweisen, die zumeist die Gestaltung der Praxis bei Durchführung des Entwurfs betreffen.

---

[11]) „In den Fällen einer zeitweiligen Verhinderung des verantwortlichen Redakteurs an der Führung der Redaktion oder einer zeitweiligen Unfähigkeit dazu. . . ." Hier wurde offenbar, um das Beiwort „verantwortlich" nicht zweimal knapp hintereinander gebrauchen zu müssen, die Präzision des juristischen Ausdrucks Rücksichten eines vermeintlichen stilistischen Wohlklanges geopfert. Das ist aber ein sehr bedenklicher Vorgang in einem Gesetze, da bekanntlich aus solchen Ungenauigkeiten dann bei der Interpretation mitunter sehr weittragende Schlüsse gemacht werden. Auf den Kopf gestellt wurde dieser Mangel in der Fassung des Ausschußentwurfs: „Wenn der Redakteur vorübergehend zur verantwortlichen Redaktion unfähig oder zeitweilig daran verhindert wird. . . ."

[1]) Z. S. f. d. ges. StrRW. XXIX. Aschrott: Der Entw. e. StPO. (1908: Guttentag). Liepmann: Kritische Erörterungen und Vorschläge zur StP.-Reform (1909: Vahlen). v. Hippel: D. Entw. e. StPO. (1909: Winter-Heidelberg). Heimberger: Fragen der Gerichtsorganisation (1909: Deichert-Leipzig). Schiefler: Preuß. Jahrb. Bd. 136. Kohler: Goltd. Arch. 55, 288. — Abänderungsvorschläge z. Entw. e. StPO. d. Berliner Anwaltsvereins (1909: Heymann). Verhandlungen des 29. Deutschen Anwaltstages JW. 1909, 545. — DJZ. XIV: Übersicht S. 1049 Anm. 1 und S. 73, 425, 427, 519, 652, 819, 1083, 1138; XV: 50, 118, 177, 180. — DRZ. I, 287 Anm. 1 und 3 (Übersicht) u. S. 342, 351, 379, 386. DR. XIII S. 17, 96, 141, 201, 281, 312, 395, 534, 553, 578, 721.

I. § 61 des Entwurfs betr. GVG. steht nicht im Einklang mit der Vorschrift des § 99[2] ebenda.

Wird der Landgerichtspräsident zum Vorsitzenden des Berufungssenats bestimmt, so hat er nicht mehr die Wahlbefugnis aus § 61 S. 2, da er neben dem Vorsitze im Berufungssenate nicht noch den in einer Kammer wird übernehmen sollen oder können. Ebenso kann das Präsidium in seiner Berechtigung zur Verteilung des Vorsitzes unter die Direktoren beschränkt werden, wenn einer der Direktoren durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts zum Vorsitzenden des Berufungssenats bestellt wird.

Es empfiehlt sich deshalb ein Zusatz am Schlusse des § 61 etwa dahin, daß die Vorschriften in Satz 2 und 3 nur insoweit gelten, als nicht auf Grund des § 99[2] S. 2 und 3 eine andere Bestimmung erfolgt ist. Daß diese Bestimmung auch im Falle des Abs. 2, § 99[3] platzgreift, erscheint unbedenklich, sodaß also der Schlußsatz daselbst nur die beisitzenden Mitglieder im Sinne hat. Diese bezeichnet das Präsidium. Für die Ernennung des Vorsitzenden gilt § 99[2], Abs. 1 mit der Beschränkung aus § 99[3], Abs. 2, Satz 1. —

Die von den Grundsätzen der §§ 63, 121 GVG. abweichende Übertragung des Bestimmungsrechtes auf den Präsidenten des Oberlandesgerichts ist in der Begründung S. 17[3] nicht weiter gerechtfertigt. —

Unbedenklich ist es endlich, daß die Vorschriften im § 99[2], Abs. 2, daß die Mitglieder der Berufungssenate nicht gleichzeitig Mitglieder einer in erster Instanz erkennenden Strafkammer sein dürfen, auch die vorsitzenden Mitglieder betrifft, obwohl Abs. 2, § 99[2] im übrigen die beisitzenden Mitglieder im Sinne hat.

Der vorerwähnte Zusatz zu § 61 würde sich hinsichtlich des zweiten Satzes erübrigen, wenn die Vorschriften des § 99[2] über die Bestimmung des Landgerichtspräsidenten zum Vorsitzenden des Berufungssenates gestrichen würden. Dieses wäre wünschenswert, da es sich dabei in der Hauptsache um eine papierne Anordnung handelt. Der Entwurf will den Berufungsgerichten schon nach ihrer äußeren Stellung eine erhöhte Autorität und durch die Art ihrer Besetzung eine überragende Stellung geben. Deshalb werden für den Vorsitzenden und die übrigen Mitglieder besondere Anforderungen aufgestellt, wobei hinsichtlich der letzteren bemerkt wird, daß die Besetzung mit besonders erfahrenen und befähigten Richtern zu erwarten ist. (Begr. d. Entw. S. 17, Abs. 2 u. 3, S. 15 zu b).

Der Entwurf I hatte in erster Linie in Aussicht genommen, daß in der Regel der Präsident des Landgerichts in den Berufungssenaten den Vorsitz übernehmen wird. Nach der Reichstagsvorlage soll zunächst die Landesjustiz-Vrwaltung entscheiden, ob einem Senatspräsidenten oder Rate des Oberlandesgerichts der Vorsitz oder die Stellvertretung darin zu übertragen ist. Erst, wenn dieses nicht geschieht, kommt der Landgerichtspräsident als Vorsitzender in Frage. Die Begr. S. 17[5] bemerkt aber schon, daß sich die Übertragung des Vorsitzes auf den Landgerichtspräsidenten allerdings nicht immer werde ermöglichen lassen.

Nach den Erfahrungen der Praxis wird sie bei der voraussichtlich recht umfangreichen Tätigkeit der Berufungssenate und der den Landgerichtspräsidenten schon jetzt obliegenden Geschäftslast jedoch nur selten erfolgen können.

Ganz ausgeschlossen erscheint es sodann, daß für alle Berufungssenate Mitglieder der Oberlandesgerichte herangezogen werden können.

Soweit der Entwurf also durch seine Bestimmung über Übertragung des Vorsitzes an ein Mitglied des Oberlandesgerichts oder den Landgerichtspräsidenten erhöhtes Ansehen und Vertrauen allgemein für die Berufungssenate schaffen will, wird er es nicht erreichen können. Es wird vielmehr eine Buntscheckigkeit eintreten, indem an einem Orte ein Senatspräsident, an einem anderen ein Oberlandesgerichtsrat, an einem dritten der Landgerichtspräsident und wiederum an einem anderen ein Landgerichtsdirektor zum Vorsitzenden des Berufungssenates wird ernannt werden müssen, wodurch eine verschiedenartige Bewertung der einzelnen Berufungssenate verursacht werden könnte. Mag sie auch noch so ungerechtfertigt sein, so wird doch der von dem Entwurf beabsichtigte oben bezeichnete Zweck dadurch geradezu vereitelt werden.

Die erwähnten Ungleichheiten und der voraussichtlich damit verbundene vielfache Wechsel im Vorsitze müssen aber auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung erheblich beeinflussen, was nach Möglichkeit vermieden werden sollte.

Und was die beisitzenden Mitglieder betrifft, so würde es sich empfehlen, wenn man die Bemerkung in der Begründung, daß die Berufungssenate mit besonders erfahrenen Richtern zu besetzen wären, zum Grundsatz erheben will, im Gesetze eine bestimmte Anciennetät, berechnet nach der Zeit der Tätigkeit als Richter, entsprechend den im § 147 Abs. 2 G-V-G. zum Ausdruck gebrachten Prinzip, festzusetzen, um auf diese Weise möglichste Gleichmäßigkeit in allen Bundesstaaten herbeizuführen.

(In Bayern muß das jüngste Mitglied der Strafkammer mindestens 40 Jahre alt sein D. R. Z. I, 196, Abs. 3. In das Preußische Obertribunal durften nur solche Richter berufen werden, welche mindestens 4 Jahre lang das Amt eines Appellationsgerichtsrats bekleidet hatten. DJZ. XIV 51 Abs. 2.)

Die Heranziehung von Mitgliedern der Oberlandesgerichte zu den Berufungssenaten würde sich nur verwirklichen lassen, wenn eine entsprechende Vermehrung der Zahl der Präsidenten und Räte an den Oberlandesgerichten eintritt, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Geschäfte der Oberlandesgerichte schon durch die Vorschriften über die Revision und durch die in größerem Umfange eintretende Möglichkeit der Beschwerdeerhebung bedeutend an Umfang zunehmen werden.

Noch mehr würde es der Fall sein, wenn dem Vorschlage stattgegeben wird, daß die Revision gegen erstinstanzliche Urteile unmittelbar dann zulässig sein soll, wenn es sich nicht um eine Tatfrage, sondern lediglich um eine Rüge rechtlicher Natur handelt.

Diese notwendige Vermehrung wird vermutlich die Ersparnis erheblich übersteigen, die die am 1. April 1910 in Kraft tretende Novelle zur ZPO. zur Folge haben wird.

Eine Entlastung könnte dadurch herbeigeführt werden, daß auch in den Fällen der sofortigen Beschwerde statt des Verbotes des § 341[1] die Vorschrift des § 310[2] platzgreifen würde.

Eine Vermehrung der Richterkräfte wird vermutlich auch an den Landgerichten eintreten müssen,ö wenn die Vorschriften über Parteiöffentlichkeit und über den Vortermin im Geiste des Gesetzes durchgeführt werden sollen.

Es muß natürlich, wenn der Beschuldigte oder sein Verteidiger sich bei der Beweisaufnahme beteiligt (§ 168 Entw. d. StPO.) ein größerer Zeit-

verbrauch die Folge sein und ebenso, wenn wegen Abwesenheit eines Beteiligten Terminsverlegung stattfindet (§ 170). Auch wird bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Richter und den Beteiligten, die diese Vorschriften wohl unbedingt verursachen werden, Zeitverlust unvermeidlich. Dazu kommt das vorgeschlagene Verfahren *bei Einwendungen* gegen den Haftbefehl.

Somit dürfte eine Vermehrung der Zahl der Untersuchungsrichter sich als notwendig erweisen, deren Tätigkeit auch noch durch die Vorschriften der §§ 192^2, 194^4, 125^2 erweitert ist. Dasselbe gilt von der Beschlußkammer gegenüber den Vorschriften der §§ 203 Abs. 4 und 207 über den Vortermin und des § 127 über die Haftkontrolle.

Es wird noch umsomehr der Fall sein, wenn dem Verlangen nach einer kontradiktorischen Verhandlung mit Beweisaufnahme im Vortermine und bei Entscheidung über die Haftbeschwerde stattgegeben wird.

Insbesondere aber wird eine Vermehrung der Richterkräfte durch Einführung der Berufung gegen die Strafkammerurteile erforderlich werden, zumal für diejenigen Landgerichte, die Mitglieder zu einem für mehrere Landgerichte gebildeten gemeinschaftlichen Berufungssenate entsenden müßten. (§ 93^3 Ent. GVG.) Bei der Geschäftsverteilung müßte natürlich der durch die Hin- und Rückreise entstehende Zeitverbrauch berücksichtigt werden, sodaß die Arbeitskraft des detachierten Richters für die an seinem Amtssitze zu erledigende Arbeit nur noch zum geringen Teile in Frage kommen kann. Demgegenüber fällt die Entlastung, die der Entwurf für die Landgerichte bringt, nicht erheblich ins Gewicht.

Soweit sie durch die Erweiterung der Zuständigkeit des Amtsgerichts eintritt, steht ihr gegenüber die Überweisung eines Teiles der bisherigen Schwurgerichtssachen und, soweit durch die Zuziehung von Laien eine Ersparnis an Berufsrichtern in der einzelnen Strafkammer eintritt, wird ein Ausgleich dadurch bewirkt, daß eine größere Anzahl von Strafkammern gebildet werden muß, da ein mit Laien besetztes Gericht mehr Zeit zur Erledigung gebraucht. Dieses ist auch in der Begründung S. 19 ausgesprochen. Dasselbe gilt, wenn die Berufungssenate mit Laien besetzt werden.

Wenn der Entwurf eine Verminderung der Arbeit dadurch schaffen will, daß gemäß § 259 an das schriftliche Urteil geringere Anforderungen gestellt werden sollen, so ist dieses nicht unbedenklich. Jeder, der in höherer Instanz tätig und mit der Bearbeitung von Wiederaufnahmesachen befaßt gewesen ist, weiß die Bedeutung eines gründlichen, den Streitfall erschöpfenden Urteils zu würdigen, in dem natürlich andrerseits überflüssige Weitschweifigkeit zu vermeiden ist. Durch die Notwendigkeit eines solchen Urteils wird nicht allein der erkennende Richter zur Erörterung des gesamten Streitstoffs genötigt, sein Inhalt gibt auch die wünschenswerte Grundlage für die Verhandlung in der Berufungsinstanz und erleichtert deren Vorbereitung für alle daran Beteiligte.

Dabei ist es aber ganz von der Hand zu weisen, als Ersatz der etwa fehlenden Richterkräfte Assessoren zur Anfertigung der Urteile heranzuziehen. Die Begründung S. 55 vertritt zur Rechtfertigung des § 195 Entw. GVG., wonach bei der Beratung und Abstimmung des Gerichts außer den zur juristischen *Ausbildung* auch die zur *Beschäftigung* überwiesenen Personen sollen zugegen sein dürfen, allerdings den entgegengesetzten Standpunkt. Auch Aschrott (S. 29) meint, daß dies im Interesse der Aus-

bildung der Assessoren empfehlenswert sei. Man wird aber im Gegenteil sagen müssen, daß die Ausbildung mit dem bestandenen Examen abgeschlossen sein sollte und die Assessoren endlich sobald als möglich in eine selbständige Stellung gebracht werden sollten, wie sie jeder ältere und tüchtige Mensch erstrebt, um seine Fähigkeit und Kenntnisse in freier, unabhängiger Arbeit zu betätigen.

Die Heranziehung von Assessoren als Oberreferendaren zur Fertigung von Strafurteilen würde voraussichtlich den noch immer bestehenden bedauerlichen Abgang gerade der tüchtigsten Elemente unter den Assessoren aus dem Justizdienste steigern. Dieser Art der Entlastung wird man also durchaus widersprechen müssen.

Ebenso bestehen Bedenken gegenüber der Bestimmung des § 204, durch die der Vorsitzende zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens berufen werden soll, falls keine Einwendungen oder Anträge vorliegen und er selbst keine Bedenken hat. Es wird dadurch das Kollegialprinzip durchbrochen. Auch kann der Vorsitzende bei abweichender Ansicht des erkennenden Gerichts in eine nicht wünschenswerte Lage kommen.

Die Übertragung der Entscheidung auf den Vorsitzenden wird in der Begründung darauf zurückgeführt, daß in der Mehrzahl der Fälle erfahrungsgemäß keine Bedenken gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens beständen, sodaß bei dem jetzigen Verfahren infolge der Überzahl der Sachen eine eingehende Prüfung in wirklich zweifelhaften Fällen erschwert und einer oberflächlichen Behandlung der Eröffnung Vorschub geleistet werde. Der Vorsitzende mache sich früher mit der Sache vertraut, was von Vorteil sei, da ihm bei diesen Abschnitten des Verfahrens mannigfache Aufgaben gestellt seien. (Bestellung eines Verteidigers, Entscheidung über Fortdauer der Haft, Herbeischaffung von Beweismitteln.) In den ersterwähnten Fällen entscheidet der Vorsitzende jedoch nur ausnahmsweise (§§ 125³, 142) und wegen Herbeischaffung von Beweismitteln erst n a c h Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 216², 217). Da der Vorsitzende der Beschlußkammer aber nicht immer Vorsitzender der über die Sache erkennenden Kammer ist, so kann er durch die Übertragung der alleinigen Entscheidung mit überflüssiger Arbeit überlastet werden.

Dies kommt insbesondere bei der Entscheidung in Schwurgerichtssachen in Betracht, wenn von dem Oberlandesgerichtspräsidenten ein anderer Vorsitzender ernannt wird. Die Art der Arbeit der Vorsitzenden endlich ist auch ganz verschieden und demgemäß die Auffassung, ob Bedenken gegen die Eröffnung bestehen oder nicht. In der Hauptsache wird es vermutlich dabei verbleiben, daß die Beschlußkammer entscheidet.

Es wird in der Regel also eines Berichterstatters neben dem Vorsitzenden bedürfen, den auch § 207 vorsieht.

Also auch insoweit ist eine Verminderung der richterlichen Arbeitskräfte bei den Landgerichten nicht zu erwarten. Eine Entlastung wird dagegen dadurch herbeigeführt, daß der Untersuchungsrichter über etwaige Aufhebung des Haftbefehls (§ 125²) und über Einstellung des Verfahrens (§ 194⁴), sofern es sich nicht um einen in Untersuchungshaft befindlichen Angeschuldigten handelt,[2]) entscheiden soll, sowie durch den Fort-

[2]) Über die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung ist schon bei Beratung des § 196 der geltenden StPO. eingehend verhandelt worden. (Hahn: Materialien zur StPO. S. 805/806. Begr. d. Entw. S. 136.)



fall der Überweisung (§ 195) und durch Verminderung des Schreibwerks (§ 199).

Bei Einführung des Termins in Haftsachen im Falle des § 116³, der Parteiöffentlichkeit, des Vortermins und der mündlichen Belehrung gemäß § 175 wird ferner die Vermehrung der Arbeitskräfte der Staatsanwaltschaft die notwendige Folge sein.

In durchaus zutreffender Weise ist es hervorgehoben worden, daß die Staatsanwaltschaft im Interesse der Sicherung des Untersuchungszwecks in den vorerwähnten Terminen ebenfalls wird vertreten sein müssen.

Demgemäß kommt als Entlastung nur die Befreiung von dem Zwange der Anfertigung einer ausführlichen Anklageschrift in den vor dem Amtsgericht zu verhandelnden Sachen (§§ 195², 202, 203) mit Rücksicht auf dessen erweiterte Zuständigkeit in Betracht, eine Befreiung, die mehrfach aus zutreffenden Gründen angegriffen ist, sowie die Erweiterung des Kreises der Privatklagesachen (§ 377). Demgegenüber besteht die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft in Zukunft im Ermittlungsverfahren die erforderlichen Vernehmungen tunlichst selbst vornehmen wird. Sehr erheblich endlich wird die Vermehrung der Zahl der Amtsrichter sein müssen infolge der Erweiterung der Zuständigkeit des Amtsgerichts und der damit verbundenen Tätigkeit im Eröffnungsverfahren, der Erweiterung des Gebietes der Privatklagesachen und der damit verbundenen Tätigkeit im Ermittlungsverfahren, der Bestimmungen über Parteiöffentlichkeit und über das schleunige Verfahren.

Hiernach würde die vorgeschlagene Reform eine außerordentliche Erhöhung des Justizetats herbeiführen, die ferner entstehen würde durch eine bedeutende Vermehrung der Kosten der Verteidigung infolge erweiterter Möglichkeit der gerichtlichen Beiordnung eines Rechtsanwalts, durch die Ausgaben für Diäten an Schöffen und Geschworene, sowie für Bauten, deren Notwendigkeit sich in besonders großem Maße daraus ergeben wird, daß, um Verzögerungen zu verhindern, mehrere Spruchbehörden in größerem Umfange wie bisher gleichzeitig werden tagen müssen, auch sonst mehr Terminszimmer werden gebraucht werden. Dazu kommt die erforderliche Vermehrung der Büreaukräfte und der Unterbeamten.

Vorstehende Gesichtspunkte sind nun nicht aus Gründen der Fiskalität oder im Interesse der Verminderung der Arbeitslast der Richter oder Staatsanwälte hervorgehoben, vielmehr zu dem Zwecke der Erwägung, ob die voraussichtlich sehr bedeutenden Mehraufwendungen an Zeit, Arbeitskraft und Geld im Verhältnis stehen zu den erreichbaren Zielen.

Die Reform erstrebt ein schleuniges, von überflüssigen Formalitäten befreites, möglichst einfaches und billiges Verfahren, das unter Sicherung der persönlichen Freiheit und Stellung der in Untersuchung gezogenen Personen die Zwecke der Strafverfolgung gewährleistet. —

Nun dürfte sich aus den in der vorstehenden Erörterung erwähnten Vorschriften ergeben, daß durch einzelne von ihnen dieses Bestreben nicht wird erfüllt werden können. Schon die beabsichtigte Organisation und Art der Besetzung der Berfungssenate hinsichtlich der vorsitzenden und beisitzenden Mitglieder ist durchaus nicht einfach. Dasselbe gilt von der Haftkontrolle, die darin bestehen soll, daß in allen Fällen, wenn die Haft seit Eröffnung der Voruntersuchung oder seit Zurückweisung

einer inzwischen etwa erhobenen Einwendung oder Beschwerde 2 Monate gedauert hat, eine gerichtliche Entscheidung über die Fortdauer der Haft erfolgen soll, und zwar nach Anhörung des vorhandenen oder zu bestellenden Verteidigers und unter der Anordnung, in welcher Frist die Entscheidung einzuholen sei, falls eine Fortdauer der Haft angeordnet wird. Die Durchführung einer derartigen Bestimmung wird eine erhebliche Erschwerung des Geschäftsbetriebes herbeiführen, indem sich die Akten vielfach auf der Wanderschaft befinden werden, wodurch auch eine Beschleunigung des Verfahrens verhindert, insbesondere die Verlängerung der Haft veranlaßt werden wird, zumal wenn einem Amtsrichter die Führung der Voruntersuchung übertragen ist (§ 187 Abs. 2). Die erforderliche Vorbereitung der Entscheidung und Anhörung des Verteidigers ist natürlich ebenfalls mit Zeitverlust verbunden und die Entscheidung selbst läßt sich auch nicht jeden Augenblick herbeiführen. Außerdem wird durch diese Anordnung praktisch wenig oder garnichts gewonnen werden. Kommt es zwar öfter vor, daß ein Haftbefehl gegen die Ansicht des Untersuchungsrichters in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wird, so dürfte es doch, wenn man dem Verhafteten einen weiteren Schutz gegen eine vermeintliche Verschleppung der Voruntersuchung gewähren will, genügen, die vorgeschlagene Kontrolle auf den Fall zu beschränken, wenn der Verhaftete insoweit eine Einwendung erhoben hat, indem etwa vorgeschrieben wird, daß jede dabei getroffene Entscheidung des Untersuchungsrichters, in der die Haftanordnung nicht aufgehoben wird, in letzterer Beziehung der Bestätigung des Beschwerdegerichts bedarf, welchem die Akten zu diesem Zwecke von Amts wegen zu unterbreiten sind, sowie, daß in diesem Verfahren von vornherein der Verteidiger zuzuziehen ist, dessen Bestellung nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 139, 140 zu erfolgen hat.

Der wirksamste Schutz wird aber dadurch gewährt werden, daß die Voraussetzungen für den Erlaß des Haftbefehls so bestimmt werden, daß Mißgriffen hierbei möglichst vorgebeugt wird.

Dieselben vorerwähnten Bedenken rücksichtlich der Erschwerung und Verschleppung des Verfahrens bestehen auch gegenüber der geplanten Parteiöffentlichkeit. Der Entwurf will dadurch vor allem dem Beschuldigten die Möglichkeit verschaffen, frühzeitig und unbeschränkt für seine Verteidigung sorgen zu können.

Die Verwirklichung dieser Absicht erscheint durchaus wünschenswert.

Andrerseits muß der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit verbleiben, wenn der Zweck der Strafverfolgung gewährleistet werden soll, in dem vom Verteidiger eines Beschuldigten wahrgenommenen Termine zu erscheinen, um auch ihrerseits durch Fragen zur Aufklärung beitragen zu können.

Dieses ist sür sie jedoch schon deshalb nicht durchführbar, weil sie von der Anwesenheit des Verteidigers nichts erfährt, sich für sie auch an einzelnen Orten kaum die nötige Zahl von Beamten beschaffen läßt, um in den verschiedenen Terminen, die gleichzeitig stattfinden können, vertreten zu sein. Zum mindesten wird sich deshalb eine Ergänzung des Entwurfs, dessen Vorschläge als praktisch bedeutungslos mehrfach angefochten sind, dahin empfehlen, daß die Zulassung des Verteidigers von seiner vorherigen rechtzeitigen Anzeige an das Gericht, daß er in dem Termine er-

scheinen werde, abhängig gemacht wird, wovon dann die Staatsanwaltschaft zu benachrichtigen wäre.

Einfacher würde sich aber die Sache vielleicht gestalten lassen, um namentlich auch Auseinandersetzungen zwischen dem Richter und den Beteiligten zu vermeiden, die die Bestimmungen über das freie Ermessen des Richters voraussichtlich zur Folge haben werden, wenn man dieses freie Ermessen des Richters dahin ausdehnen würde, daß er auf Antrag oder von Amts wegen vor dem Termin darüber zu befinden hat, ob das Erscheinen des Verteidigers und Beschuldigten oder Angeschuldigten zugelassen wird, und daß er von seiner Entscheidung die vorerwähnten Personen und die Staatsanwaltschaft zu benachrichtigen hat, die nach dem Entwurfe ein Recht auf Anwesenheit nur hat, soweit letztere dem Verteidiger und Beschuldigten oder Angeschuldigten nicht versagt wird. Daneben können die Bestimmungen der §§ 196, 219[3], 220[2], 251[2], 423[2], aufrecht erhalten und das freie Ermessen des Richters für den Fall ausgeschaltet werden, daß es sich um eine eidliche Vernehmung von Zeugen oder Sachverständign handelt.

Im besonderen Maße ist endlich Verschleppung durch Einführung des Vortermins im Eröffnungsverfahren zu befürchten (§§ 203[4], 207), zumal in Schwurgerichtssachen, die hänfig kurz vor Beginn des Schwurgerichts zum Abschluß kommen und dann als besonders eilige Sachen behandelt werden, um sie noch vor das tagende Schwurgericht zu bringen.

Dies wird in Zukunft nicht immer mehr möglich sein, wenn es zur Anberaumung des Vortermins kommt, was gerade in Haftsachen um so empfindlicher wirken kann, falls der Angeschuldigte sich nicht am Sitze des Gerichts befindet, da er zu dem Vortermin vorzuführen ist, wenn er ihm beiwohnen will. (Bgr. S. 142.)

Es ist jedoch kaum ein Vorteil von diesem Termin zu erwarten, da in ihm keine Beweisaufnahme stattfinden kann. Es dürfte vielmehr das bisherige Verfahren genügen, wenn darauf gehalten wird, daß es in der vorgeschriebenen Weise durchgeführt wird, insbesondere ein etwaiges Zirkulieren von Beschlüssen nicht stattfinden darf, wenn man berücksichtigt, daß die Beiordnung eines Verteidigers gemäß §§ 139, 140 stattfinden muß oder kann, sowie, daß durch die Vorschrift des § 208 ein neuer besonders wirksamer Schutz gewährt ist, der noch dadurch verstärkt werden könnte, daß von dem Erfordernisse des Antrages der Staatsanwaltschaft Abstand genommen wird.

Wenn endlich noch aus den oben angeführten Gründen die Vorschrift des § 204 über die Befugnisse des Vorsitzenden zur alleinigen Entscheidung beseitigt werden würde, so würde es in allen Fällen eines besonderen Berichterstatters bedürfen, dessen Arbeitslast es voraussichtlich schon verhindern wird, daß er noch Mitglied der erkennenden Strafkammer wird. Zweckmäßig dürfte es jedoch sein, ihn, wenn letzteres nicht der Fall ist, von der Mitgliedschaft im Berufungssenate auszuschließen, was nach § 99[2], Abs. 2, Schls. nicht geschehen würde.

Durch die vorerwähnten Vorschriften wird also zum Teil der oben bezeichnete Zweck der Reform nicht, zum Teil geradezu das Gegenteil erreicht werden.

In der Praxis wird sich die Undurchführbarkeit eines Teiles von ihnen ergeben, wenn im Sinne des Gesetzes verfahren werden soll, ein anderer Teil wird zur Verwicklung und Verlang-

samung des Verfahrens führen, ohne auf die Sache selbst fördernd zu wirken. — Die durch sie voraussichtlich entstehenden außerordentlichen Mehrkosten würden hiernach zwecklos aufgewendet und deshalb besser erspart werden. —

Vorausgesetzt ist bei vorstehender Erörterung, daß sich das deutsche Volk das Vertrauen zu seinen Richtern noch nicht hat nehmen lassen und den Glauben, daß diese auch heute noch allein von dem Bestreben geleitet werden, der Ermittlung der Wahrheit zu dienen, Unschuldige nach Kräften zu schützen und alles zu tun, um es zu verhindern, daß ein Unschuldiger angeklagt oder verurteilt werde.

Die Abänderungsvorschläge des Berliner Anwalts-Vereins stellen dagegen die Verteidigung in den Vordergrund zum Schutze gegen „wirkliche oder scheinbare Willkür“ des Richters (ohne Vorwurf gegen seine bona fides), von dem noch gesagt wird, daß „die Freiheit des Staatsbürgers nicht von seinem Belieben und seiner mehr oder weniger großen Nervosität abhängig“ sein und daß auch keine Abhängigkeit von seinem „Wohlwollen und seinem guten Willen“ bestehen dürfe, sowie, daß für das Verbrechen der Unzucht im Falle des § 176, Nr. 3, StGB. das Schwurgericht zuständig sein müsse, weil der gelehrte Richter, sei es mangels psychologischer Vorbildung sei es mangels hinreichender Kenntnis der Lebensverhältnisse in den verschiedenen Volkskreisen Kinderaussagen weniger kritisch gegenüberstehe, als der Laienrichter“. Andrerseits wird dann betont, daß den Vertretern der Anwaltschaft volles Vertrauen geschenkt werden könne, da deren „Takt“ und „Einsicht“ die erforderliche Gewähr biete und im übrigen die „Energie der Disziplinarbehörden“ genüge. (Begr. zu den Vorschl. d. B.-AVS. 3 Sp. 2 Abs. 2; S. 5 Sp. 1 Ab. 3 und Sp. 2. Abs. 4; S. 6 Sp. 2 Abs. 3 S. 9. Sp. 2 Abs. 2; S. 10 zu § 118 No. 19 und 26).

Gegen eine derartige Anschauung ist schon auf dem 19. deutschen Anwaltstage zu Rostock Einspruch erhoben worden (J. W. 09. 594). Es genügt hier, dies festzustellen.

Im übrigen dürfte davon auszugehen sein, daß auch bei der Handhabung der Vorschriften der StrPO. die Persönlichkeit des Richters nach dem Grade seiner Umsicht und Tüchtigkeit entscheidend ins Gewicht fällt, insbesondere nach der Richtung, inwieweit er mit mehr oder weniger Ängstlichkeit und Vorsicht oder freier Entschlußfähigkeit, namentlich bei Ablehnung oder Aufhebung von Haftbefehlen, verfährt.

Dasselbe gilt aber von den Vertretern der Rechtsanwaltschaft. Auch unter ihnen gibt es tüchtige und weniger tüchtige, solche, die über ihrem Mandanten stehen und solche, die sich für *verpflichtet* halten, in der Hauptsache dessen Sprachrohr zu sein.

Und gerade die letzteren können für die Strafvrfolgung von erheblicher Bedeutung werden, wenn der Richter bei Erfüllung der ihm ebenfalls obliegenden Pflicht der Sicherung des Zweckes der Strafverfolgung in seinen Entschlieungen durch zu viele festbestimmte Grenzen beengt wird.

Seinem verständigen Ermessen sollte also der entsprechende Spielraum gelassen werden, damit er bei Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben den Anforderungen der Anklage und der Verteidigung in *gleicher* Weise gerecht werden kann, woran er mindestens dasselbe Interesse hat wie die Verteidigung.



Daß nicht etwa das Interesse der Anklage überwiegt, ergibt schon die Tatsache, daß Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Richter und den Vertretern der Staatsanwaltschaft durchaus nicht zu den Seltenheiten gehören und dementsprechend die Entscheidungen ergehen.

In gleicher Weise bestehen natürlich Verschiedenheiten der Ansichten zwischen dem Richter und den Vertretern der Anwaltschaft, woraus aber noch nicht folgt, daß die der Rechtsanwälte stets die richtigen wären.

Scheinbar spricht das Verlangen nach weiterer Zuziehung von Laien allerdings nun gegen das Vorhandensein des oben vorausgesetzten Vertrauens zu den Berufsrichtern. Hat man es aber kennen gelernt, in welchem Umfange Geschworene bemüht sind, mit der Zuziehung zur Richterbank verschont und von der Teilnahme an den Sitzungen möglichst ganz befreit zu werden, so wird man sehr bezweifeln müssen, ob es sich hierbei in der Tat um eine Volksbewegung handelt.

So ist auch jüngst im Berliner Anwaltsverein aus Laienkreisen gegen die weitere Zuziehung von Laien Widerspruch erhoben worden.

Gelegentlich ist es auch aus Kreisen der Rechtsanwaltschaft geschehen (D. R. Z. I, 65).

Diese angebliche Volksbewegung wird darauf zurückgeführt, daß sich die Schöffengerichte bewährt hätten. Will man den Grund hierfür feststellen, so wird man dabei auch die Tätigkeit der Richter würdigen und dann zu dem Ergebnis kommen müssen, daß es ihr Verdienst ist, daß die Schöffengerichte den Ansprüchen genügen.

Es ist ja auch eine unbestreitbare Tatsache, daß die Güte der schöffengerichtlichen Entscheidungen von der Tüchtigkeit des vorsitzenden Richters abhängig ist. Und daß dessen Persönlichkeit von bedeutendem Einfluß auf das Urteil der Laienmitglieder ist, wird allgemein anerkannt.

Haben sich die Schöffengerichte trotzdem bewährt, so muß dieser Einfluß also ein guter sein und der Richter andrerseits es verstanden haben, mit den Laienmitgliedern in sachgemäßer Weise zusammenzuarbeiten, indem er insbesondere auch ihren Anschauungen und Erwägungen Rechnung getragen hat. Bei Zuziehung von Laien zu den Strafkammern kann deshalb ebenfalls davon ausgegangen werden, daß die richterlichen Mitglieder sich ihrer Pflicht bewußt sein werden, für die Erfüllung der Zwecke, die mit der Vermehrung der Mitarbeit von Laien von dem Gesetz verfolgt werden, mit allen Kräften einzutreten und somit auch den von den Laienmitgliedern geäußerten Ansichten entsprechend der von dem Gesetze ihrer Mitwirkung beigelegten Bedeutung Raum zu geben.

Unter diesen Umständen erscheint es ausgeschlossen, daß die richterlichen Mitglieder die Laienmitglieder bei Seite schieben werden. Hiernach und wenn man obige Bemerkungen über die Schöffengerichte berücksichtigt, entfällt ein zwingender Grund dafür, daß die Laienmitglieder in der Strafkammer in der Mehrzahl vertreten sein müssen. Man wird vielmehr dem Vorschlage, die Strafkammer mit 3 Richtern und 2 Laien zu besetzen, der mehrfach gemacht ist (Aschrott S. 15, DJZ. XIV, 238. XV, 52; Schiefler S. 101; D. R. XIII S. 561, 581. D. R. Z. I S. 30, 183[3]) beitreten können

Entschließt man sich zu dieser Regelung, so werden auch diejenigen, welche der Zuziehung von Laien in der Berufungsinstanz widerstreben, sich eher bereit finden, ihr zuzustimmen. Die Berufungssenate könnten

dann etwa mit 4 Richtern und 3 Schöffen besetzt werden und die Berufungsstrafkammern mit 3 Richtern und 2 Schöffen.

Würde in diesem Falle zwar eine größere Anzahl von Schöffen noch dadurch erforderlich werden, daß mehr Berufungssenate und Berufungsstrafkammern eingerichtet werden müßten, so würde sich die erforderliche Anzahl von Schöffen doch wohl beschaffen lassen, wenn der Kreis, aus dem die Schöffen auszuwählen wären, erweitert und wenn die für den einzelnen Schöffen in Aussicht genommene Zahl von 5 Sitzungstagen erhöht werden würde, vorausgesetzt, daß es bei der vorgeschlagenen Herabsetzung der Zahl der Geschworenen verbleibt, die noch in größerem Maße empfohlen wird. (D. R. XIII 583; DJZ. XV. 179).

Eine Vereinfachung in der Organisation könnte sodann dadurch herbeigeführt werden, wenn man sich dem Vorschlage des Prof. v. Hippel (S. 25) anschließen würde, der die erstinstanzliche Strafkammer dem am Sitze des Landgerichts befindlichen Amtsgericht angegliedert wissen will.

In diesem Falle könnte der Berufungssenat an dem jedesmaligen übergeordneten Landgerichte eingerichtet werden. Es würde dann § 99³ GVG. fortfallen und es brauchte von § 99² nur die Bestimmung aufrecht erhalten zu werden, daß zum regelmäßigen Vertreter ein Landgerichtsdirektor zu bestimmen ist, wenn man sich entschliessen würde, die übrigen Vorschriften aus den oben angegebenen Gründen zu streichen.

II. § 153 des Entw. will es der Staatsanwaltschaft überlassen, in Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, d. h. nach § 23³ Entw. betr. Änderungen des GVG. bei Übertretungen und bei solchen Vergehen, die nur mit Geldstrafe von höchstens 300 Mark allein oder neben Haft oder in Verbindung mit Einziehung bedroht sind, sowie bei den nach § 146a der Gewerbeordnung strafbaren Vergehen, wegen Geringfügigkeit der Verfehlung von Erhebung der Anklage abzusehen. Nach erhobener Klage soll das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen können, und zwar, wenn die Verfolgung vom Verletzten beantragt war, nur mit dessen Zustimmung.

Infolge dieser Einschränkungen, durch die eine unabhängige Entschließung des Gerichts ausgeschaltet werden würde, würde der beabsichtigte, wünschenswerte und allgemein gebilligte Zweck, geringfügige Verfehlungen (über den Rahmen des jetzigen Strafgesetzbuchs hinaus) von Strafe zu befreien, nicht in genügendem Maße erreicht werden.

Insbesondere würde dies auch deshalb nicht der Fall sein, weil nach der Eröffnung des Hauptverfahrens neu hervorgetretene Umstände gemäß § 208 nicht berücksichtigt werden könnten, die an sich geeignet wären, die Erhebung der Klage durch die Staatsanwaltschaft wegen Geringfügigkeit der Verfehlung zu verhindern, wenn sie vorher bekannt gewesen wären, obwohl § 208 das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft ermächtigt, nach der Eröffnung des Hauptverfahrens vor Eintritt in die Hauptverhandlung den Angeklagten außer Verfolgung zu setzen, wenn die daselbst bezeichneten anderen Umstände neu hervortreten, welche die Verurteilung ausgeschlossen erscheinen lassen. Ebensowenig kann die Geringfügigkeit der Verfehlung nach §§ 184, 185, 199, bei der Entscheidung über die Eröffnung der Voruntersuchung und des Hauptverfahrens, abgesehen

von § 194[4], berücksichtigt, noch deswegen nach §§ 254, 255 auf Straffreiheit erkannt werden.

Hieraus ergibt sich die in keiner ersichtlichen Weise gerechtfertigte und als ganz unbillig anzusehende Ungleichheit, daß je nach dem Stadium des Verfahrens in einzelnen Fällen wegen Geringfügigkeit der Verfehlung eine Bestrafung ausgeschlossen werden kann, sie aber in anderen gleichartigen Fällen erfolgen muß, wenn im übrigen eine an sich strafbare Verfehlung als erwiesen angesehen wird. Durch diese Unvollkommenheit wird die Strafbarkeit von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht. Auch führt sie in ihrer angegebenen Konsequenz zur Ungerechtigkeit. Es handelt sich bei den erwähnten Vorschriften um einen Eingriff in das materielle Strafrecht, indem dadurch gewissermaßen ein neuer Strafausschließungsgrund eingeführt wird. Es ist nicht abzusehen, warum das Gericht über sein Vorhandensein nicht ebenso soll befinden können, wie es dazu berufen ist, wenn einer der in dem §§ 51 ff RStGB. vorgesehenen Fälle vorliegt.

Der Entwurf räumt auch selbst im § 373 dem Gerichte die Entscheidung nach freiem Ermessen darüber ein, ob eine Bestrafung des angeklagten Jugendlichen eintreten soll, während er sie in den §§ 153, Abs. 3, 194, Abs. 4, 376 von einem Antrage der Staatsanwaltschaft abhängig macht.

Hieraus ergibt sich schon, daß nicht Gründe der Zweckmäßigkeit in Frage kommen, die einer Nachprüfung des Gerichts entzogen sein sollen. (Bgr. S. 132 zu §§ 177 ff.)

Letzteres mag gegenüber dem Entwurf I., der das öffentliche Interesse für die Entschließung der Staatsanwaltschaft maßgebend sein lassen wollte, zutreffend gewesen sein. Dies ist aber mit der Änderung der vorerwähnten Bestimmungen fortgefallen.

Nach ihnen läßt sich die unterschiedliche Behandlung jugendlicher und anderer Angeklagter in der Hauptverhandlung und andrerseits die Anordnung, daß bei der Entscheidung über die Außerverfolgungssetzung ein Antrag der Staatsanwaltschaft erforderlich sein soll, sowie, daß im Falle des § 208 die Berücksichtigung der Geringfügigkeit der Verfehlung ausgeschlossen sein soll, logisch nicht rechtfertigen.

Dabei ist davon auszugehen, daß auch bei der Beurteilung, ob eine Verfehlung geringfügig ist (§§ 153, 376) die Beschaffenheit der Tat und der Charakter des Angeklagten (§ 373) in Betracht zu ziehen sind, da es nach der Begründung S. 123 bei Feststellung der Geringfügigkeit der Verfehlung darauf ankommt, sowohl, ob objektiv die in der Straftat enthaltene Verletzung oder Gefährdung unbedeutend ist, als auch, ob die dem Täter zur Last fallende Verschuldung gering ist. Die Begründung Seite 32 zu X spricht selbst hinsichtlich des Verfahrens gegen Jugendliche von der Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Geringfügigkeit der Verfehlung und der Entwurf erwähnt sie im § 365, Abs. 2 und § 376, während im Abs. 1, § 365 und Abs. 1, § 373 eine weitere Begriffsbestimmung nicht enthalten ist. Es ist nicht abzusehen, welcher innere Unterschied zwischen den Voraussetzungen im Abs. 1, § 365, Abs. 1, § 373 und im Abs. 2, §§ 365. 376 bestehen soll. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine verschiedene Art der Behandlung je nach Lage des einzelnen Falles.

Der oben bezeichnete Zwiespalt würde beseitigt werden, wenn man die Regelung dem materiellen Strafrechte überlassen würde. Schon der 29. Deutsche Juristentag wünschte dies nach seinem Plenarbeschlusse vom 12. September 1908, da es Aufgabe des materiellen Strafrechts sei, ungerechten und entbehrlichen Strafen vorzubeugen.

Mit Freuden ist es deshalb zu begrüßen, daß der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch im § 83 folgende Bestimmung vorschlägt.

In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

Eine derartige Strafbefreiungsmöglichkeit ist vorgesehen beim Strafrechtsirrtum (§ 61, Abs. 2), bei den vermindert Zurechnungsfähigen (§ 63, Abs. 2), beim strafbaren Notwehrexzeß (§ 66, Abs. 2), bei den Jugendlichen (§ 69) beim Versuch (§ 76, Abs. 2), bei der Beihilfe (§ 79), bei der falschen, uneidlichen Aussage (§ 168, Abs. 3), bei der leichten Körperverletzung (§ 227) und der Beleidigung (§ 259), bei der Entwendung (§ 272) und bei allen Übertretungen (§ 310, Abs. 1). — DJZ. XIV. 1284.

Hiernach dürfte es sich empfehlen, in die dem Reichstage vorliegende Novelle zum geltenden Strafgesetzbuche, die einen ähnlichen Zweck verfolgt wie § 153, eine dem § 153 und dem § 83 des Vorentwurfs entsprechende Vorschrift aufzunehmen, daß in den zu bestimmenden Fällen wegen Geringfügigkeit der Verfehlung von einer Strafe abgesehen werden kann. §§ 153, 376 wären dann zu streichen und §§ 365, 373 wäre entsprechend zu ändern. Eine derartige Vorschrift wäre vor Erhebung der Anklage von der Staatsanwaltschaft, wie bei der Beurteilung von Strafausschließungsgründen zu berücksichtigen.

Hat der Verletzte den Antrag auf Verfolgung gestellt, so würde es ihm nach dessen Ablehnung zustehen, gemäß §§ 177 ff eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Dasselbe Recht könnte jedem anderen Antragsteller eingeräumt werden, wenn er nicht als unmittelbar Verletzter, sondern im Interesse der Allgemeinheit gehandelt hat. Im übrigen würde nach Erhebung der Klage das Gericht nach seinem freien Ermessen zu entscheiden haben, und zwar auch im Falle des § 208, da dann die nachträglich hervorgetretene Geringfügigkeit der Verfehlung zu den Umständen zu rechnen wäre, die die Verurteilung ausgeschlossen erscheinen lassen.

Bei dieser Regelung würde das Legalitätsprinzip unberührt bestehen bleiben und es würden den Beteiligten gegen die ergehenden gerichtlichen Entscheidungen dieselben Rechtsmittel zustehen, die das Gesetz ihnen sonst dagegen gibt (§ 403). Es bestände keine Veranlassung, insoweit für den Verletzten oder den Antragsteller Sondervorschriften zu treffen, abgesehen davon, daß etwa im § 403 bei Nr. 3 statt „der Verletzte“ zu sagen wäre „der Antragsteller“. Namentlich würde die Zulassung der subsidiären Privatklage nicht möglich sein, da die Geringfügigkeit der Verfehlung natürlich auch bei der Strafverfolgung im Privat-

klageverfahren zu berücksichtigen wäre. Dasselbe gilt gegenüber dem Erlasse eines Strafbefehls, einer Strafverfügung und eines Strafbescheides.

Auf diese Weise würde die anzustrebende Verminderung der Bestrafungen herbeigeführt werden, während die Vorschriften des Entwurfs nur die Unterlassung der Strafverfolgung in beschränktem Umfange ermöglichen mit den angegebenen Unterscheidungen, durch die die für alle Fälle notwendige Gerechtigkeit unerreichbar und das gewünschte Vertrauen des Volkes zur Rechtssprechung ausgeschlossen wird.

Soll letzterer Zweck verwirklicht werden, ohne daß schon jetzt eine Änderung des materiellen Strafrechts eintritt, so müßte man in den Fällen der §§ 153[3], 194[4], 376 das Gericht unabhängig von einem Antrage der Staatsanwaltschaft entscheiden lassen und es zulassen, daß die Geringfügigkeit der Verfehlung auch in den Fällen der §§ 184, 185, 199, 254, 255 berücksichtigt werde, wie es im § 373 geschehen ist.

Ein innerer Unterschied besteht rücksichtlich der Beurteilung dieses Umstandes nicht, je nachdem das Gericht damit auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten oder aus eigenem Ermessen befaßt ist.

Kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft zur Entscheidung darübr berufen werden, so kann es sie auch in allen andern Fällen treffen.

Und wenn andrerseits die Staatsanwaltschaft im § 153[3] von der Zustimmung des Verletzten abhängig gemacht wird, so widerspricht dies ebenfalls dem Zwecke der Reform, die Bestrafungen zu vermindern.

Es dürfte auch für diesen Fall genügen, den Verletzten auf die §§ 177 ff zu verweisen. Der letzterwähnte Zweck ist die Hauptsache und die gegenüber der Bestimmung des § 153 erforderliche Garantie kommt nur insoweit in Betracht, als dadurch die gleichmäßige Handhabung des Gesetzes gesichert werden soll.

Auch der Verletzte hat nur hierauf Anspruch.

Er darf aber nicht zu seinen Gunsten eine Ausnahmestellung verlangen, die im Widerspruche zum sonstigen Prinzip des Gesetzes, die Strafverfolgung einzuschränken, dazu führt, dies Prinzip mit Rücksicht auf ihn außer Anwendung zu lassen. Dessen Berechtigung ist auch gegenüber dem Verletzten begründet. Der höhere Zweck der strafrechtlichen Vorschriften ist allein entscheidend. Dieser erfordert aber ferner eine gleiche Behandlung gleichartiger Fälle. Eine solche ist jedoch nach obigen Feststellungen ausgeschlossen, wenn der Entwurf mit seinen in Rede stehenden Bestimmungen Gesetz wird. Sie kann herbeigeführt werden, wenn der Entwurf in der angegebenen Weise geändert oder die Regelung dem materiellen Strafrechte überlassen wird.

Mit den Vorschlägen des Entwurfs etwa einen Übergangszustand zu schaffen, dafür dürfte ein dringendes Bedürfnis nicht bestehen.

Vor allen Dingen spricht dagegen, daß dadurch das Vertrauen zur Justiz Schaden leiden könnte.

Es würde dann das Gegenteil von dem eintreten, was der Entwurf in zutreffender Weise als besonders erstrebenswert erreichen will.

Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.

Von Gerichtsassessor Dr. iur. Richard May in Dresden.

Literatur-Verzeichnis.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1895.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1900.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. Leipzig 1907.
Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5. Auflage. Leipzig 1904.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Erster Band. Leipzig 1885.
von Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Erschienen als Beilagsheft zu Band 31 des Gerichtssaals. Stuttgart 1879.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Band I. Berlin 1904.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 5. bis 7. Auflage. Tübingen 1908.
Gerland, Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Seite 429 ff. von Band 9 (dritte Folge) der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Tübingen u. Leipzig 1904.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Erste Hälfte. München 1884.
Geyer, Konkurrenz. S. 506 ff. von Band II des Teiles II der v. Holtzendorffschen Encyklopädie der Rechtswissenschaft (Rechtslexikon). Leipzig 1881.
Goltdammers Archiv für gemeines deutsches Recht und für preußisches Strafrecht.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Band I. Bonn 1881.
Harseim, Zu § 79 des Reichsstrafgesetzbuches. Im Gerichtssaal. Band 27 S. 466 ff.
Iuristische Wochenschrift. Berlin 1882 ff.
von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.
von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. und 17. Auflage. Berlin 1908.
Löwe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 12. Auflage. Berlin 1907.
Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 2. Band. Berlin 1871. S. 545 ff.
Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 4. (Supplement) Band. Berlin 1877. S. 207 ff.
Meves, Strafvollstreckung und Kosten des Verfahrens. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 2. Band. Berlin 1879. S. 467 ff.
Meves, Mitteilungen aus der preußischen Praxis. In von Holtzendorffs Allgemeiner deutschen Strafrechtszeitung. Band 13. S. 161 ff.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Auflage. Leipzig 1907.
Olshausen, Der Einfluß der Vorbestrafungen auf später zur Aburtrilung kommende Straftaten. Berlin 1876.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Auflage. Berlin 1905.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 14. Auflage. Berlin 1901.
Otto, Aphorismen zu dem Allgemeinen Teile des deutschen Reichsstrafgesetzbuches. In den Annalen des Königl. Sächsischen Ober-Appellationsgerichts zu Dresden. 10. Band (neue Folge). S. 1 ff.
Reiffel, Noch einmal die Gesamtstrafen. Im Gerichtssaal. 40. Band. S. 217 ff.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 4. Auflage. Berlin 1892.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Auflage. Leipzig 1874.
Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 3. Band. S. 48 ff.

Schwarze, Die Konkurrenz-Theorien und das Strafgesetzbuch. Im Gerichtssaal. 34. Band. S. 575 ff.
von Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 5. Auflage. Leipzig 1884.

§ 1.

Der gesetzgeberische Grundgedanke.

Der Paragraph 79 des Reichsstrafgesetzbuches bestimmt:

„Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurteilung begangen war."

Die hier erwähnten §§ 74 bis 78 des Reichsstrafgesetzbuches enthalten die Bestimmungen über die Bestrafung real konkurrierender Straftaten desselben Täters. Dem Grundsatze nach sind die für die einzelnen Straftaten desselben Täters verwirkten Strafen zu häufen. Dieser Grundsatz erleidet indessen wesentliche Abschwächungen zu Gunsten einer milderen Bestrafung real konkurrierender Delikte.

Solche Abschwächungen sind:

1. Die Bestimmungen, die der § 74 StGB. über die Bildung von Gesamtstrafen trifft,
2. Die Höchstgrenzen, die gezogen sind für die Häufung
   a) von Gefängnis und Festungshaft in § 75 Abs. 3 StGB.,
   b) von Haftstrafen in § 77 Abs. 2 StGB.,
   c) von Freiheitsstrafen, die als Ersatzstrafen an Stelle von nicht beizutreibenden Geldstrafen treten, in § 78 Abs. 2 StGB.

An und für sich sind die Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. nur anzuwenden, wenn mehrere real konkurrierende Straftaten gleichzeitig zur Aburteilung gelangen. Der eingangs angeführte § 79 StGB. sichert nun den gegenüber dem Grundsatze der Strafenhäufung milderen Strafbestimmungen ein erweitertes Anwendungsgebiet für den Fall, daß die realiter konkurrierenden Straftaten nicht in *einem* Verfahren, sondern nach einander zur Aburteilung gelangen.

Der gesetzgeberische Gedanke, aus dem heraus diese Bestimmung getroffen worden ist, ist folgender: Der Verbrecher, der mehrere realiter konkurrierende strafbare Handlungen begangen hat, deren Erledigung in einem Strafverfahren *möglich* gewesen wäre, soll der milderen Bestrafung nach §§ 74 bis 78 StGB. nicht deswegen verlustig gehen, weil Zufälligkeiten, z. B. die Unkenntnis des ersten Richters von den übrigen Delikten die gleichzeitige Aburteilung aller Straftaten gehindert hat.[1]) Daß dies der Grundgedanke gewesen ist, lassen die Motive zum Entwurf I des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund erkennen. Dort wird zur Begründung des dem jetzigen § 79 entsprechenden § 66 angeführt:

„Die in § 65 ausgesprochene Bestimmung über Bestrafung bei realer Konkurrenz muß übrigens ihre Wirkung ohne Rücksicht darauf äußern, ob die verschiedenen zusammentreffenden strafbaren Handlungen gleichzeitig oder nach einander zur Aburteilung gelangen. Daß dies geschehen solle, schreibt der § 66 vor."

---

[1]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrR. S. 295, N. 6 zu § 79. — Olshausen, Kommentar, N. 6 zu § 79. — Ders. Vorbestr. S. 50, 51. — RG. I 10. 1. 81. E. 3, S. 217. — Harseim im GS. 27, S. 468, 469 u. a.

In § 65 dieses Entwurfs I aber waren — allerdings von den jetzigen Bestimmungen der §§ 74/78 StGB. stark abweichende — Anordnungen vorgesehen über eine nur beschränkte Anwendung des Grundsatzes der Strafenhäufung hinsichtlich derjenigen zeitigen Freiheitsstrafen, die für mehrere real konkurrierende, gleichzeitig abzuurteilende Verbrechen verwirkt sind.

Aufeinanderfolgende Aburteilung real konkurrierender Straftaten soll also dem Verbrecher nicht schaden, falls nur ihre gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre.

Dieser Gesichtspunkt, den die Motive zu § 66 des Entwurfs I als maßgebend hinstellen, liegt ohne Zweifel auch dem § 79 des Reichsstrafgesetzbuches zu Grunde, obwohl die Motive zu § 77 (dem jetzigen § 79) des Entwurfs III seiner nicht ausdrücklich Erwähnung tun und obwohl dieser § 77 (79), die dem § 66 des Entwurfs I unbekannte Beschränkung enthält, daß vor einer früheren Verurteilung begangene Straftaten nur solange in einem Nachtragserkenntnisse berücksichtigt werden, als die in der früheren Verurteilung ausgesprochene Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Bei der Anwendung des § 79 StGB. in der Praxis ergeben sich eine ganze Reihe von Schwierigkeiten, insbesondere dann, wenn es sich um die Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne (nach § 74 StGB.), handelt

Diese Schwierigkeiten haben ihren Grund teils auf prozessualem Gebiete, teils sind sie in der Eigenart der etwas verwickelten Vorschriften der §§ 74/78 StGB. begründet. So hat es denn auch in der Wissenschaft nicht an scharfen Angriffen gefehlt, die sich gegen die Bestimmungen des Gesetzbuches über die Realkonkurrenz und gegen die Behandlung der Konkurrenz im Gesetzbuche überhaupt richten.[2]) Es soll hier nicht der Versuch gemacht werden, die Frage zu lösen, wie vom Standpunkte des Gesetzgebers die Bestrafung real konkurrierender Straftaten am besten zu regeln sei. Ebensowenig soll hier untersucht werden, warum der Gesetzgeber sein Ziel, die in der uneingeschränkten Häufung mehrerer verwirkter zeitiger Freiheitsstrafen liegende Härte tunlichst zu mildern,[3]) auf so verschiedenen Wegen zu erreichen versucht hat. Es soll vielmehr ausschließlich vom Standpunkte des geltenden Rechtes dargelegt werden, wann die milderen Strafbestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. noch nachträglich auf Grund von § 79 StGB. in Anwendung zu bringen sind, und wie sich hierbei das Verfahren gestaltet.

Teil I.
Die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.

§ 2.
Allgemeines.

Gesamtstrafen[4]) können nachträglich auf Grund von § 79 StGB. nur dann gebildet werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

[2]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrR., S. 293. — Schütze, ZStrW. 3, S. 48 ff.

[3]) Nur dieser Grund wird in den Motiven zu § 72 (dem jetzigen § 74) des Entwurfes III angegeben.

[4]) Wenn hier und im folgenden von „Gesamtstrafen" im allgemeinen gesprochen wird, so sind darunter auch die auf Grund von §§ 75 bis 78 StGB. zu erkennenden Strafen mitzuverstehen, die infolge der für die Strafenhäufung gezogenen Höchstgrenzen eine Abminderung des Gesamtbetrages der verwirkten Einzelstrafen erfahren müssen.

1. Der Täter muß mehrere selbständige strafbare Handlungen begangen haben.

2. Er muß wegen einer oder mehrerer dieser strafbaren Handlungen verurteilt sein.

3. Er muß wegen einer oder mehrerer der noch ungesühnten strafbaren Handlungen zu 1) zu einer Zeit anderweit abgeurteilt werden, zu der die in dem früheren Urteile zu 2) erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Die Anwendbarkeit des § 79 StGB. hängt also von zwei positiven und einem negativen Erfordernisse ab. Positiv wird erfordert, einmal, daß ein verurteilendes Erkenntnis gegen den Täter vorliegt und zweitens, daß später eine Straftat zur Aburteilung kommt, die vor diesem verurteilenden Erkenntnisse begangen worden ist. Negatives Erfordernis ist, daß zur Zeit der zweiten Aburteilung die Stafe des ersten Urteils noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

In welchen Fällen diese drei Erfordernisse als erfüllt zu gelten haben, bedarf der näheren Untersuchung.

§ 3.

Die frühere Verurteilung.

Verurteilung ist Schuldigsprechung zur Strafe durch ein Gericht. Es fragt sich, ob jede gerichtliche Schuldigsprechung — das Vorliegen der übrigen Bedingungen selbstverständlich immer vorausgesetzt — bei der Fällung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGB. zu berücksichtigen ist.

Dies ist auf jeden Fall zu verneinen hinsichtlich einer Verurteilung, die von einem ausländischen Gerichte ausgesprochen worden ist. In der Natur des Nachtragserkenntnisses ist es begründet, daß gegebenen Falls die in dem früheren Urteile festgesetzte Strafe durch das Nachtragserkenntnis abgeändert — in eine schwerere Strafart umgewandelt — wird, und zwar selbst dann, wenn mit der Vollstreckung der früheren Strafe bereits begonnen worden ist. Unter diesen Umständen würde es, wenn das frühere Urteil ein ausländisches ist, einen unzulässigen Eingriff in die Justizhoheit des fremden Staates bedeuten, wenn der deutsche Richter beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 79 StGB. dieses frühere ausländische Urteil zur Bildung eines Nachtragserkenntnisses heranziehen würde.[5]) Dazu kommt, — wie Olshausen Vorbestr. S. 42 besonders hervorhebt —, daß dem Richter in den weitaus meisten Fällen ein Vergleichsmaßstab zwischen den Strafen, die auf Grund eines ausländischen Strafgesetzes erkannt sind, und den Strafen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches nicht zu Gebote stehen würde. Aus Strafarten aber, für deren Vergleich es an einem Maßstabe gebricht, ist es unmöglich, eine Gesamtstrafe zu bilden.

Für den Ausschluß ausländischer Strafurteile bei Bildung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGB. spricht schließlich noch, daß das Reichsstrafgesetzbuch auch für die Begründung des Strafschärfungs-

---

[5]) So Olshausen Vorbestr. S. 42, 43. — Ders. Kommentar N. 4 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, Kommentar N. 16 zu § 79. — Hälschner Bd. 1, S. 692 und Merkel in H. H. Bd. 4, S. 233 verneinen die Berücksichtigung ausländischer Urteile, weil die deutschen Gerichte nicht als Organe einer ausländischen Justizgewalt zu fungieren haben.



grundes des Rückfalls den ausländischen Strafurteilen die Beachtung versagt (vgl. §§ 244, 250 Z. 5, 261, 264 StGB.), obwohl es hierbei nur auf die Tatsache der Bestrafung und Verbüßung, nicht aber auch darauf ankommt, daß die in dem früheren Urteile erkannte Strafe sich zu der in dem späteren Urteile zu erkennenden Strafe in Beziehung bringen läßt.[6]) Überdies ist das rechtskräftige ausländische Urteil nicht einmal in allen Fällen für den deutschen Richter unantastbar; der Grundsatz ne bis in idem schlägt nicht ein (§§ 4, 5, 7 StGB.).

Für die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ist also ein inländisches Urteil zu fordern.

Gleichgültig ist es, ob dieses inländische Urteil ergangen ist auf Grund des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund oder auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. Fraglich ist dagegen, ob auch Urteile zu berücksichtigen sind, die auf Grund eines älteren deutschen Strafgesetzbuches ergangen sind. Diese praktisch so gut wie belanglose Frage soll nur gestreift werden; es erscheint schon wegen der Bestimmungen über die Verjährung nahezu völlig ausgeschlossen, daß jetzt noch ein Richter in die Lage kommen sollte, ein solches Urteil bei Abfassung eines Nachtragserkenntnisses zu verwenden.

Von Schwarze[7]) leugnet die Anwendbarkeit des § 79 StGB., wenn sich die frühere Verurteilung auf älteres Recht gründet, wegen mangelnder Gleichheit der in Betracht kommenden Strafkörper. Dagegen will Merkel[8]) dem gesetzgeberischen Grundgedanken des § 79 StGB. — auch wenn er infolge grundsätzlicher Verschiedenheit des Strafensystems des älteren Gesetzbuches von dem des Reichsstrafgesetzbuches zu einer zuverlässig adäquaten Verwirklichung nicht gebracht werden kann — auf alle Fälle im Wege der Analogie Geltung verschaffen. Richtig scheint mir die — von Merkel a. a. O. ausdrücklich bekämpfte — Ansicht Olshausens zu sein, der die streitige Frage ausführlich[9]) behandelt hat. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß der Richter auch eine auf Grund eines älteren deutschen Strafgesetzbuches ergangene Verurteilung bei Anwendung des § 79 StGB. zu berücksichtigen hat, falls zwischen der früher erkannten und der auf Grund des geltenden Strafgesetzbuches zu erkennenden Strafe ein Vergleichsmaßstab gegeben ist, sei es, daß positive Bestimmungen (z. B. eine auf Grund von § 8 EG. zum StGB. erlassene landesgesetzliche Übergangsbestimmung) einen solchen Maßstab an die Hand geben, sei es, daß das Strafensystem des älteren Gesetzbuches mit dem des Reichsstrafgesetzbuches in den grundsätzlichen, wesentlichen Bestimmungen übereinstimmt.

Unbestritten ist, daß § 79 StGB. im allgemeinen gleichermaßen anwendbar ist, mag die frühere Strafe auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs oder aber auf Grund eines reichs- oder landesgesetzlichen Sondergesetzes erkannt worden sein.[10])

Gleichgültig ist es für die Anwendbarkeit des § 79 StGB., von welchem inländischen Gerichte die frühere Verurteilung ausgesprochen worden ist. Sie kann verhängt sein durch dasselbe Gericht, das nunmehr auch die

---

[6]) Vgl. Hälschner Bd. 1, S. 692. — Olshausen Vorbestr. S. 42. — Ders. Kommentar N. 4 zu § 79.
[7]) N. 10 zu § 79.
[8]) In H. H. Bd. 4, S. 234.
[9]) Vorbestr. S. 33 bis 42, s. auch Kommentar N. 3 zu § 79.
[10]) Vgl. Rüdorff-Stenglein N. 3 zu § 79.

Nachtragsentscheidung zu fällen hat, oder durch ein anderes Gericht desselben oder eines anderen Bundesstaates.[11]) Unerheblich ist es auch, welcher Ordnung das früher verurteilende Gericht war. Ebenso ist es gleichgültig, ob das frühere Urteil im Ordinarprozesse oder im Privatklageverfahren ergangen ist, und ferner, ob die früher festgesetzte Strafe durch ein Urteil im eigentlichen Sinne oder durch Strafbefehl, Strafbescheid oder Strafverfügung verhängt worden ist.

Auch wenn bereits mehrere Strafurteile wegen mehrerer real konkurrierender Straftaten gegen denselben Täter vorliegen, kann die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe in Frage kommen. Dies ist der Fall, wenn jede der der ersten Verurteilung folgenden Verurteilungen zu dieser im Verhältnisse des § 79 StGB. steht, d. h. wenn jede der in den mehreren Urteilen abgeurteilten Straftaten vor der ersten Verurteilung begangen ist und die mehreren selbständig erkannten Strafen noch nicht durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß ihre Erledigung gefunden haben. Kommt unter diesen Voraussetzungen eine Straftat zur Aburteilung, die vor der ersten der mehreren Verurteilungen begangen worden ist, so ist ein Nachtragserkenntnis nach § 79 StGB. zu erlassen, das außer der Strafe für die zuletzt abzuurteilende Straftat auch alle früher erkannten Strafen zu umfassen hat.[12]) Also nur für den Fall, daß es dem zuerst aburteilenden Richter möglich gewesen wäre, sämtliche Straftaten gleichzeitig abzuurteilen [— diese Möglichkeit hätte selbstverständlich nicht vorgelegen, wenn eine der Straftaten erst nach der ersten Verurteilung begangen worden wäre —], ist der § 79 StGB. auch beim Vorliegen mehrerer früheren Verurteilungen anwendbar. Mit anderen Worten: Schon der zweite und jeder folgende Richter hätte die Möglichkeit haben müssen, gemäß § 79 StGB. die von ihm neu auszuwerfende Strafe mit den durch die früheren Urteile erkannten Strafen in einem Nachtragserkenntnisse zu vereinen. Zwar spricht der § 79 StGB. nur von „der" früheren Verurteilung, und auch in den Motiven ist eines Falles wie des eben beschriebenen nicht gedacht, dem Willen des Gesetzgebers aber entspricht es sicher, den § 79 StGB. auch in diesem Falle anzuwenden. Denn dieser Wille geht, wie bereits ausgeführt worden ist, dahin, dem Täter die Wohltat der milderen Bestrafung nach §§ 74/78 StGB. unter gewissen Einschränkungen unabhängig davon zu gewähren, ob die mehreren Straftaten gleichzeitig oder nach einander zur Aburteilung kommen, dafern nur ihre gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre.

Wenn Olshausen[13]) ausführt:

> „Sie (— nämlich die Voraussetzung der früheren Verurteilung —) liegt aber ferner auch alsdann vor, wenn nach der noch abzuurteilenden Handlung mehrere Verurteilungen aufeinander erfolgt sind, und zwar in dem Falle, wenn bei einer der folgenden Verurteilungen übersehen ist, daß eine Realkonkurrenz mit dem vorher abzuurteilenden Falle obwaltete; Oppenhoff-D. N. 13, Olshausen Vorbestr. S. 32, 66."

so kann dem nicht zugestimmt werden. Nicht bloß bei irgend „einer", sondern bei der zweiten und jeder folgenden Verurteilung muß übersehen worden sein, daß Realkonkurrenz mit dem zuerst abgeurteilten Falle

[11]) So die gem. Meinung; vgl. Binding, Grundriß d. StrR. S. 294. N. 3 zu § 79.

[12]) So Oppenhoff-Delius N. 13 zu § 79. — RG. IV 24. 10. 84. R. 6 S. 652 ff. — RG. I 1. 11. 86. E. 15 S. 29 ff.

[13]) Kommentar N. 2 zu § 79 letzter Satz.



obwaltete. Olshausen hat sich jedoch in der eben angeführten Stelle seines Kommentars wohl nur im Ausdrucke vergriffen, wenigstens ist dies aus den beigefügten Zitaten (Oppenhoff-D. N. 13 und Olshausen Vorbestr. S. 32, 66) zu schließen. Oppenhoff-Delius ist der hier vertretenen Ansicht, und die Stelle in den „Vorbestrafungen" S. 66 läßt sich auch im Sinne der hier entwickelten Meinung auslegen, wenn sie auch den Grundgedanken nicht scharf zum Ausdrucke bringt.[14])

Ob die „frühere Verurteilung" nur wegen einer oder wegen mehrerer Straftaten erfolgt ist, ist für die Anwendbarkeit des § 79 StGB. gleichgültig. Dies betonen — eigentlich überflüssiger Weise — noch besonders die Motive zu § 77 [79] des Entwurfs III, indem sie aussprechen, daß die Bestimmung dieses Paragraphen sowohl Anwendung finden soll, wenn während der Verbüßung einer Gesamtstrafe nachträglich noch andere, jedoch vor der Verurteilung begangene strafbare Handlungen derselben Person zur Anzeige und Aburteilung gelangen, als wenn dies während der Verbüßung einer wegen einer einzelnen Handlung erkannten Strafe geschieht, und daher nunmehr erst eine Realkonkurrenz sich herausstellt.

Vielfach bestritten worden ist die Frage, ob es Voraussetzung für den Erlaß eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGB. sei, daß die frühere Verurteilung die Rechtskraft beschritten habe. Diese Frage ist — was früher nicht immer geschehen ist[15]) — scharf zu scheiden von der in dem folgenden Paragraphen zu behandelnden Frage, ob die zeitliche Grenze für die Begehung nachträglich nach § 79 StGB. abzuurteilender strafbarer Handlungen der Zeitpunkt der Verkündung oder der Rechtskraft des früheren Strafurteiles sei.

Überwiegende Gründe sprechen dafür, daß nur ein rechtskräftiges Urteil für die Fällung eines Nachtragserkenntnisses verwertbar ist. Das Gesetz enthält keine bindende Norm darüber, in welcher prozessualen Lage sich die früher abgeurteilte Untersuchungssache befinden müsse, damit überhaupt die Entscheidung über Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von §§ 74/78 und 79 StGB. erfolgen kann. Das hebt schon das Reichsgericht (IV. Senat) in seinem Urteile vom 6. Juli 1881 mit Recht hervor.[16])

Aus dem § 79 StGB. selbst ist über diese Frage nichts zu entnehmen. Harseim[17]) glaubt zwar, den Willen des Gesetzgebers, der sich das frühere Urteil, insofern als es der späteren Aburteilung als Grundlage dienen soll, als rechtskräftig gedacht habe, aus dem Zusammenhange der Bestimmungen des § 79 StGB. folgern zu können, weil dieser Paragraph bestimme, die erkannte Strafe dürfe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sein, und von einer Verbüßung usw. nicht gesprochen werden könne, bevor nicht das Urteil rechtskräftig sei.[18]) Das ist ein Trugschluß. Durch die Vorschrift, daß die erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sein dürfe, wird nur die zeitliche Grenze festgelegt, bis zu welcher ein Nachtragserkenntnis nach § 79 StGB. überhaupt möglich ist; über den Zeitpunkt, von dem an ein solches Erkenntnis zulässig sei,

[14]) Ungenau ist es auch, wenn Frank II, 1 zu § 79 sagt: „Ob der früheren Verurteilungen eine oder mehrere sind, ist gleichgültig."
[15]) Vgl. z. B. Schütze S. 201, 202 Anm. 19.
[16]) E. 5 S. 1 ff.
[17]) Im GS. 27 S. 470.
[18]) Dieselbe Begründung bringt RG. II 4. 10. 81. R. 3 S. 592,593.

trifft sie keine Bestimmung. Der § 79 StGB. hat, wie Reiffel[19]) zutreffend bemerkt, gar nicht die Möglichkeit der Verbüßung usw., sondern die Tatsache der Nichtverbüßung usw. im Auge.

Auch die Motive zu Entwurf I und III des Strafgesetzbuches sagen über die vorliegende Frage nichts.

Aus diesem Mangel einer positiven Vorschrift über die prozessuale Lage, in der sich die früher abgeurteilte Sache befinden muß, um als Grundlage für eine Nachtragsentscheidung dienen zu können, ist verschiedentlich der Schluß gezogen worden, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen müsse in jedem Falle ein Nachtragserkenntnis gefällt werden, gleichgültig, ob das frühere Urteil rechtskräftig sei oder nicht. Einige sind sogar soweit gegangen, in der Nichtberücksichtigung eines noch nicht rechtskräftigen früheren Erkenntnisses eine die Revision begründende Gesetzesverletzung zu erblicken. Diese Ansicht hat vor allem früher Olshausen[20]) vertreten, mit der weiteren Begründung, daß der Verurteilte bei Nichtberücksichtigung der früheren nicht rechtskräftigen Verurteilung geradezu in seiner Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln beschränkt würde. Derselben Ansicht sind Merkel,[21]) Meyer-Allfeld[22]) und Oppenhoff-Delius,[23]) ohne sie jedoch näher zu begründen. Wenn Olshausen[24]) auch Reiffel[25]) als Vertreter der gleichen Meinung zitiert, so ist dies nicht richtig. Reiffel erklärt a. a. O. es durchaus nicht für gesetzlich geboten, auch ein noch nicht rechtskräftiges früheres Urteil bei Fällung eines Nachtragserkenntnisses zu verwerten, sondern er hält es nur für gesetzlich zulässig, schon vor Eintritt der Rechtskraft des früheren Urteils sofort eine Gesamtstrafe auszusprechen.

Sicherlich läßt sich aus dem materiellen Rechte kein Grund herleiten, der der Verwendung eines noch nicht rechtskräftigen Strafurteils zu einer Entscheidung aus § 79 StGB. entgegenstünde. Jedoch sprechen schwerwiegende prozessuale Bedenken gegen die Berücksichtigung einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung. Wenn ein nicht rechtskräftiges Urteil zur Bildung einer Nachtragsentscheidung herangezogen wird, so kann dies ganz unerträgliche Folgen nach sich ziehen.[26]) Nehmen wir zunächst an, die Nachtragsentscheidung würde unter Berücksichtigung der früher erkannten Strafe gefällt, aber ohne Rücksicht darauf, ob diese rechtskräftig werden wird oder nicht. Dann wird, wenn das erste Urteil nachträglich aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen wird, der Angeklagte entweder zu hoch oder zu niedrig bestraft sein. Zu hoch wird er z. B. bestraft sein, wenn in dem zweiten Urteil auf eine Gesamtstrafe, die die Strafe des früheren Urteils in sich aufnimmt, erkannt worden ist, zu niedrig, wenn in dem zweiten Urteile eine sogenannte Zusatzstrafe ausgesprochen worden ist.[27])

---

[19]) Im GS. 37 S. 475.
[20]) Vorbestr. S. 55, 56.
[21]) In H. H. Bd. 4 S. 235.
[22]) S. 363.
[23]) N. 5 zu § 79.
[24]) Kommentar N. 7 zu § 79.
[25]) Im GS. 37 S. 495.
[26]) Solche Folgen können eintreten, mag es sich nun um die Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 StGB. — sei es in Form einer Zusatz- oder einer Gesamtstrafe — oder um die Berücksichtigung der in §§ 75/78 StGB. für die Häufung zeitiger Freiheitsstrafen gezogenen Grenzen handeln.
[27]) Wann die eine und wann die andere Form des Strafausspruchs zu wählen ist, wird unten noch zu besprechen sein.

Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

A. ist am 1. Februar 1900 durch die Strafkammer zu D. zu drei Jahren Gefängnis verurteilt worden. Er legt Revision ein und wird am 1. April 1900, während die Sache in der Revisionsinstanz noch schwebt, wegen eines Deliktes, begangen vor dem 1. Februar 1900, für das drei Jahre Zuchthaus verwirkt sind, abgeurteilt. Aus diesen Einzelstrafen von drei Jahren Gefängnis und drei Jahren Zuchthaus wird eine Gesamtstrafe von vier Jahren Zuchthaus gebildet. Nachträglich erfolgt Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Tat. A. ist dann zu hart bestraft.

X. wird am 1. Februar 1900 vom Schöffengericht zu E. zu fünf Monaten Gefängnis verurteilt. Während die von ihm eingelegte Berufung noch schwebt, kommt es zur Aburteilung gegen ihn wegen einer vor dem 1. Februar 1900 begangenen Straftat vor der Strafkammer in D., die für diese Tat einen Monat Gefängnis auswirft und unter Berücksichtigung der durch das schöffengerichtliche Urteil vom 1. Februar 1900 verhängten Strafe auf eine Zusatzstrafe von zehn Tagen Gefängnis erkennt. Wenn nun daraufhin Freisprechung wegen der am 1. Februar 1900 abgeurteilten Tat erfolgt, so ist X. zu niedrig bestraft, denn wären ihm nicht die milderen Strafbestimmungen für die Realkonkurrenz zu gute gekommen, so wäre er zu einem Monate Gefängnis verurteilt worden.

Auch für den Fall, daß bei einer Entscheidung nach § 79 StGB. die Berücksichtigung der Höchstgrenzen der §§ 75 Abs. 3, 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StGB. in Frage kommen, kann es sehr wohl dazu kommen, daß bei Berücksichtigung eines noch nicht rechtskräftigen Urteils, das dann späterhin wieder aufgehoben wird, der Verbrecher — zwar niemals zu hoch — aber zu niedrig bestraft ist.

Auch hier mögen einige Beispiele zur Erläuterung dienen:

B. wird am 1. März 1900 von der Strafkammer zu D. wegen fahrlässiger Tötung in drei real konkurrierenden Fällen zu einer Gesamtgefängnisstrafe von sechs Jahren verurteilt. Er greift das Urteil mit der Revision an; vor Beendigung des Revisionsverfahrens wird er vom Schwurgerichte zu D. wegen Majestätsbeleidigung, begangen vor dem 1. März 1900, für die zwölf Jahre Festung als verwirkt erachtet werden, unter Berücksichtigung des Urteils vom 1. März 1900 und im Hinblick auf die Bestimmung des § 75 Abs. 3 StGB. zu 9 Jahren Festung verurteilt. Erfolgt nun nachträglich Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Straftaten, so ist B. zu niedrig bestraft.

Gegen C. wird wegen mehrerer real konkurrierenden Übertretungen, für die insgesamt zwei Monate Haft verwirkt sind, unter Berücksichtigung eines früheren, ebenfalls auf zwei Monate Haft lautenden, noch nicht rechtskräftigen Strafurteils auf einen weiteren Monat Haft erkannt. Falls dann auch nur wegen eines Teiles der früheren Übertretungen Freisprechung erfolgt, ist C. zu mild bestraft.

D. wird wegen mehrerer real konkurrierenden Verbrechen und Vergehen neben Freiheitsstrafen auch zu insgesamt fünftausend Mark Geldstrafe verurteilt, für die ein Jahr sechs Monate Gefängnis als Ersatzstrafe ausgeworfen werden. Vor Rechtskraft dieses Urteils wird D. wegen mehrerer vor diesem Urteile verübten Verbrechen und Vergehen neben anderen Strafen abermals zu insgesamt fünftausend Mark Geldstrafe verurteilt. Als Ersatzstrafe werden im Hinblick auf das frühere Urteil und mit Rücksicht auf den § 78 Abs. 2 StGB. nur sechs Monate Gefängnis festgesetzt. Sollte nun das frühere Urteil aufgehoben werden und die Geld-

strafe wegfallen, so würde D., was die Ersatzstrafe des zweiten Urteils anlangt, ebenfalls zu niedrig bestraft sein.

War nun in allen diesen Fällen das spätere Urteil zu der Zeit, als die Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Straftaten erfolgte, bereits rechtskräftig, so ist dieses Urteil zwar formell unangreifbar, sachlich aber, weil auf einem anderen, nicht mehr bestehenden Urteile beruhend, hinfällig, ein Mißstand, dessen Beseitigung unmöglich erscheint.[28]) Mit Olshausen[29]) anzunehmen, daß in einem solchen Falle nur die in dem späteren, rechtskräftig gewordenen Urteile erkannte Gesamtstrafe außer Anwendung trete, während die erkannte Einzelstrafe zur Vollstreckung gelangen müsse, erscheint nicht angängig. In der Urteils f o r m e l ist nur auf die Gesamtstrafe bezw. Zusatzstrafe „erkannt"; nur die in der Urteilsformel erkannte Strafe kann nach § 483 der StPO. vollstreckt werden. Schon aus diesem Grunde erscheint der von Olshausen vorgeschlagene Ausweg nicht gangbar.

Um den Eintritt derartiger Folgen zu verhindern, schlagen die Vertreter der gegnerischen Meinung als Auskunftsmittel vor, die Urteilsformel so zu fassen, daß sowohl für den Fall, daß das frühere Urteil rechtskräftig wird, als auch für den Fall, daß das frühere Urteil eine Abänderung erleidet, eine Entscheidung getroffen wird.[30]) Hierbei soll nach Oppenhoff-Delius a. a. O. in folgender Weise verfahren werden:

Der zweite Richter spricht die Strafe für die von ihm abzuurteilende Tat selbständig aus und trifft gleichzeitig Verfügung, welche Gesamtstrafe eintreten solle für den Fall, daß die frühere Verurteilung rechtskräftig wird.

Auch diese Lösung erscheint verfehlt. Einmal würde man auf diese Weise, — wie noch näher auszuführen ist —, durchaus nicht immer zum Ziele gelangen, und dann erscheint ein derartiges bedingtes Urteil überhaupt schlechthin unzulässig. Nach § 259 Abs. 1 Satz 2 der StPO. kann das Urteil nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten. Unter Verurteilung im Sinne dieses Paragraphen kann nur eine unbedingte Verurteilung verstanden werden. Das Endurteil verlangt seinem Wesen nach einen positiven, endgültigen, lediglich auf eigener Grundlage beruhenden Ausspruch,[31]) es würde dem Charakter eines Endurteils durchaus widersprechen, wenn seine Wirksamkeit von dem Eintritte einer Bedingung abhängig gemacht würde. Eine positive Bestimmung, die ein derartiges bedingtes Urteil zuließe, findet sich in der Strafprozeßordnung nicht, und ohne eine positive Bestimmung dieses Inhaltes wird man die Zulässigkeit eines hypothetischen Urteils schlechthin verneinen müssen.[32])

Eine andere Meinung vertritt allerdings das Reichsgericht. In einer Reihe von Entscheidungen hat es zum mindesten für zulässig erklärt, ein noch nicht rechtskräftiges Urteil zur Fällung einer Nachtragsentscheidung

---

[28]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrR. S. 294 N. 3 zu § 79. — Harseim im GS. 27 S. 471. — Reiffel im GS. 37 S. 488.

[29]) Vorbestr. S. 56, 57.

[30]) So Olshausen, Vorbestr. S. 56, 73, dem sich Merkel in H. H. Bd. 4, S. 235 anschließt, ebenso Oppenhoff-Delius N. 5 zu § 79.

[31]) Vgl. RG. III 6. 7. 81. E. 5 S. 1 ff.

[32]) So Bennecke-Beling S. 394 Anm. 9. — Olshausen, Kommentar N. 7 zu § 79. — Reiffel im GS. 37 S. 483, 484. — Schwarze im GS. 34 S. 620, der allerdints nur bemerkt, daß die vorherrschende Meinung eine nur hypothetische Auferlegung der Gesamtstrafe für unangemessen hält.

heranzuziehen, falls nur für den Fall der Abänderung des früheren Urteils Vorsorge getroffen wird. Nur aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit empfiehlt es, die neu zu erkennende Strafe ohne Rücksicht auf das früher ergangene, noch nicht rechtskräftige Urteil auszusprechen und das Weitere einem Verfahren nach § 492 der StPO. zu überlassen.

Auf diesem Standpunkte stehen die Urteile
des II. Senats vom 31. Januar 1882 R. 4 S. 102,
des Feriensenats vom 27. Juli 1883 R. 5 S. 523,
des III. Senats vom 14. März 1887 R. 9 S. 177
und des IV. Senats vom 18. November 1892 J. W. 1892, 498[7]. —
Die Urteile
des III. Senats vom 6. Juli 1881 E. 5 S. 1 und
des II. Senats vom 4. Oktober 1881 R. 3 S. 592,
die verschiedentlich[33]) als übereinstimmend mit den oben angeführten zitiert werden, stimmen in Wirklichkeit mit diesen nur insoweit überein, als sie es ebenfalls aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit für zulässig erklären, ein noch nicht rechtskräftiges Urteil im Falle des § 79 StGB. zunächst außer Betracht zu lassen und die Bildung der Gesamtstrafe einem Verfahren nach § 492 der StPO. zu überlassen. Im übrigen machen gerade diese Urteile gegen die bedingte Fassung der Urteilsformel schwere Bedenken geltend, ohne allerdings die Konsequenz zu ziehen, daß ein bedingtes Urteil zu verwerfen ist.

---

[33]) So von Olshausen, Kommentar N. 7 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 5 zu § 79.

(Schluß folgt.)

Die landesgesetzlichen Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Personen und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche.

Von Rechtsanwalt Dr. Artur Nußbaum, Berlin.

Unter den vielen wichtigen Aufgaben der deutschen Strafrechtsreform ist die Neuregelung der polizeilichen Machtbefugnisse gegenüber den bestraften Personen sicherlich nicht die geringste. Dessen sind sich die Verfasser des Vorentwurfs zum deutschen Strafgesetzbuche bewußt gewesen. Gleichwohl will sich der Vorentwurf auf eine Abänderung der §§ 38, 39 StrGB. über die Polizeiaufsicht beschränken, die landesgesetzliche Ausweisungsbefugnis der Polizei gegenüber bestraften Personen aber völlig unangetastet lassen. Fände dieser Vorschlag die Annahme der gesetzgebenden Faktoren, so wäre die gegebene Gelegenheit zur Erlangung eines bedeutsamen Fortschrittes in kriminalpolitischer und allgemein staatsbürgerlicher Hinsicht unwiederbringlich versäumt. Hierauf weitere Kreise hinzuweisen, ist um so mehr geboten, als das Reservat zugunsten der Landesgesetzgebung in dem Text des Vorentwurfs ebenso wenig zum Ausdruck kommt wie in dem geltenden Strafgesetzbuch und daher leicht übersehen werden kann. Schon einmal sind jene partikularen Vorschriften wahrscheinlich nur dadurch gerettet worden, daß im Reichs-

tage das Verhältnis der reichsgesetzlichen zu den landesgesetzlichen Bestimmungen nicht richtig aufgefaßt worden war.[1])

Hauptsächlich handelt es sich um das preußische Gesetz vom 31. Dezember 1842 über die Aufnahme neu anziehender Personen. Sein Inhalt läßt sich im wesentlichen dahin zusammenfassen: Die Polizeibehörde kann Personen, die eine Freiheitsstrafe erlitten haben und vermöge ihrer Straftat der Polizei „für die öffentliche Sicherheit oder Moralität gefährlich" erscheinen, den Aufenthalt an gewissen Orten untersagen; selbst eine Beleidigung oder ein Preßvergehen ist schon von der Polizeibehörde als ausreichend zur Anwendung des Gesetzes erachtet worden;[2]) die Befugnisse der Polizei sind unbegrenzt, sie kann noch Jahrzehnte nach verbüßter Strafe die Ausweisung verhängen; auch örtlich besteht keine Einschränkung, der Bestrafte kann von einem Orte zum anderen getrieben werden; einen wirksamen Verwaltungsrechtsschutz gibt es nicht, da das Oberverwaltungsgericht sich gegenüber der Frage, ob der Ausgewiesene „für die öffentliche Sicherheit oder Moralität gefährlich" ist, auf die Prüfung beschränkt, ob die Polizei nicht geradezu willkürlich gehandelt habe, und sich mit formularmäßigen nichtssagenden Begründungen begnügt.[3]) Und dieses Gesetz steht nicht etwa nur auf dem Papier, sondern in den Jahren 1900 bis 1905, für welche amtliche Angaben vorliegen, belief sich allein im Kriminalbezirk Berlin die Zahl der auf Grund des Gesetzes von 1842 ausgewiesenen Personen auf insgesamt 2784.[4])

Über die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit dieser Verhältnisse herrscht in der Wissenschaft nur eine Stimme; es sei insbesondere auf die einschlägigen Äußerungen so hervorragender Sachkenner wie Seuffert,[5]) Hippel,[6]) Mittermaier,[7]) Zorn,[8]) Goldschmidt[9]) verwiesen. Wenn neuerdings seitens des Ministeriums des Innern Anweisung ergangen ist, den kriminalpolitischen Gesichtspunkten bei Anwendung des Gesetzes Rechnung zu tragen, so kann man sich damit schon um deswillen nicht begnügen, weil es für die Beachtung ministerieller Erlasse keinen Verwaltungsrechtschutz gibt und überhaupt prinzipiell die Regelung im Wege des Erlasses der gesetzlichen nicht gleichwertig ist; übrigens sind die betreffenden Erlasse auch unzureichend, da sie besonders an der zeitlichen und örtlichen Unbeschränktheit der Ausweisungsbefugnis, diesen handgreiflichsten Mängeln des Gesetzes von 1842, nichts ändern.

Gesetzliche Vorschriften nach Art der preußischen gibt es auch in Bayern, Württemberg, Sachsen und Anhalt; jedoch sind sie bei weitem besser durchgearbeitet als die preußischen Bestimmungen und zeigen die deutliche Tendenz, auf das Rechtsschutzbedürfnis des Bestraften Rücksicht zu nehmen und die Machtbefugnisse der Polizei in gewissen Schranken zu halten. Im übrigen bestehen auch gegenüber diesen Gesetzen erhebliche Bedenken prinzipieller und spezieller Natur, doch braucht darauf nicht eingegangen zu werden. Es genügt für unseren

---

1) Nußbaum, ZStW. 25, 348.
2) Nußbaum, ZStW. 28, 350.
3) Nußbaum, ZStW. 25, 359.
4) Schlichting in der Zeitschr. „Die Polizei" 3, 506.
5) In Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes II, 261.
6) DJZ. 1906, 130.
7) DJZ. 1902, 76.
8) v. Rönnes Preuß. Staatsrecht[5] II, 185, Anm. 1.
9) Vergl. Darstell. des deutsch. und ausländ. Strafrechts, hrsgeg. vom Reichsjustizamt IV, 442.

Zweck, an der Hand des vorzugsweise in Betracht kommenden preußischen Gesetzes zu zeigen, daß es in jedem Falle *sachlich* dringend geboten ist, die landesgesetzlichen Aufenthaltsverbote *nicht* zu konservieren.

Es erhebt sich allerdings die *formelle* Frage, ob die Beseitigung jener Verbote in den Rahmen des Strafgesetzbuches gehört. Die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung zur Regelung der polizeilichen Aufenthaltsbeschränkungen steht an sich außer Zweifel und wird auch von der Begründung des Vorentwurfs nicht verkannt. Sie folgt in jedem Falle aus Artikel 4 Ziffer 1 der Reichsverfassung, wonach die Gesetzgebung über Freizügigkeit und Niederlassungsverhältnisse Sache des Reichs ist. Demgemäß hebt § 3 des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. November 1867 die besonderen Gesetze und Privilegien einzelner Ortschaften und Bezirke, welche Aufenthaltsbeschränkungen gestatten, auf; nur bei den landesgesetzlichen Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Personen soll es auf Grund besonderen Vorbehaltes „sein Bewenden haben". Übrigens sind Aufenthaltsverbote, die gegenüber bestraften Personen als solchen zur Anwendung kommen, als Rechtsfolgen der Straftat anzusehen und unterfallen daher auch unter dem Gesichtspunkte der Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13 (Zuständigkeit in Sachen des Strafrechts) der reichsgesetzlichen Regelung.

Die Begründung des Vorentwurfs erklärt es demgemäß lediglich für „nicht zweckmäßig", die Materie bei Gelegenheit der Strafrechtsreform zu ordnen. Es heißt nämlich in der Begründung zum § 53 des Vorentwurfs, der die bisherige Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 StrGB.) durch eine richterliche Zulassung polizeilicher Aufenthaltsbeschränkungen ersetzen will:

> „Es versteht sich von selbst, daß durch die vorgeschlagene Vorschrift die landesgesetzlichen Aufenthaltsverbote in Bezug auf bestrafte Personen unberührt bleiben. Zwar ist deren Beseitigung oder Beschränkung in der Literatur mehrfach befürwortet. Indessen läßt das Freizügigkeitsgesetz solche Aufenthaltsbeschränkungen teils aus sicherheitspolizeilichen — § 3 —, teils aus armenpolizeilichen Gründen zu, die mit dem Strafrecht nur teilweise zusammenhängen. Die Voraussetzungen für Aufenthaltsbeschränkungen der letzteren Art sind im Freizügigkeitsgesetz selbst bestimmt, während bezüglich der ersteren Art auf die Landesgesetzgebung verwiesen ist. Es erscheint daher nicht zweckmäßig, in die Landesgesetzgebung einzugreifen, zumal die Zwecke, welche diese Aufenthaltsbeschränkungen im einzelnen verfolgen, zu verschieden sind, als daß sie in den Bereich der Strafrechtsreform gezogen werden können."

Diese Ausführungen sind in ihrem springenden Punkte nicht leicht zu verstehen. Man weiß nicht recht, worauf in dem entscheidenden Satz „es erscheint *daher* nicht zweckmäßig . . ." das Wort „daher" zu beziehen ist. Dem Wortsinne nach soll anscheinend der Grund für die behauptete Unzweckmäßigkeit des Eingriffs darin liegen, daß das Freizügigkeitsgesetz auf die Landesgesetzgebung verweise. Einleuchtend dürfte dies kaum sein. Mit viel besserem Rechte ließe sich das Umgekehrte sagen: Ist die Materie eine solche, die durch das Freizügigkeitsgesetz nicht berührt werden sollte, so kann gerade das Strafgesetzbuch die richtige Stelle sein, um die Materie einheitlich für das ganze Reich zu regeln. Es kommt nur darauf an — und dies dürfte doch wohl der allein maßgebende Gesichtspunkt sein —, ob die Materie sachlich in das Strafgesetzbuch hineingehört.

Dies muß schon aus dem bereits berührten Grunde bejaht werden, weil es sich bei den fraglichen Aufenthaltsverboten um Nebenwirkungen der Strafe und damit um Rechtsfolgen der Straftat handelt. In der Tat ist zwischen den Aufenthaltsbeschränkungen, die auf Grund der Landesgesetze und denjenigen, die auf Grund der Vorschriften über die Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 StrGB.) eintreten, ein irgendwie stichhaltiger Unterschied nicht zu entdecken. Die Begründung des Vorentwurfs sucht die Sonderstellung der landesgesetzlichen Aufenthaltsbeschränkungen damit zu rechtfertigen, daß die mit ihnen verfolgten Zwecke im einzelnen zu verschieden seien, als daß sie in den Bereich der Strafrechtsreform gezogen werden könnten. Diese Behauptung entbehrt jeder Grundlage. Freilich muß man zwischen den Aufenthaltsbeschränkungen aus sicherheitspolizeilichen und denen aus armenpolizeilichen Gründen unterscheiden. Aber erstere beruhen auf Reichsrecht, nämlich dem Freizügigkeitsgesetz; gegen sie richten sich die Angriffe garnicht. Es handelt sich hier ausschließlich um die sicherheitspolizeilichen landesrechtlichen Bestimmungen, die überall an die Tatsache des Bestraftseins anknüpfen, und deren „Zusammenhang mit dem Strafrecht" daher nicht verkannt werden kann. Mit dem Argument, daß die betreffenden Landesgesetze verschiedene in den Bereich der Strafrechtsreform nicht hineingehörige Zwecke verfolgten, ist nun schwer zu rechten, da nicht erfindlich ist, an welche verschiedenen Zwecke die Begründung des Vorentwurfs denkt. Tatsächlich haben alle einschlägigen Gesetze — sie sind in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 25 S. 375 ff. zusammengestellt —, nur einen Zweck, nämlich den sicherheitspolizeilichen, d. h. also, sie wollen die Öffentlichkeit oder den Einzelnen gegen die Gefahren schützen, die sich aus der Anwesenheit des Bestraften an einem bestimmten Orte ergeben. Dies ist nun ganz genau auch der Zweck der Polizeiaufsicht bezw. der Aufenthaltsbeschränkungen, die der Vorentwurf an die Stelle der Polizeiaufsicht setzen will. § 53 des Vorentwurfs besagt nämlich:

> „Ist mit Rücksicht auf die Art der verübten Handlung oder die Person des Verurteilten anzunehmen, daß dessen Aufenthalt an bestimmten Orten mit einer besonderen Gefahr für einen anderen oder für die öffentliche Sicherheit verbunden sein würde, so kann neben der Zuchthausstrafe stets, neben der Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahre in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen auf Zulässigkeit der Beschränkung des Aufenthaltes von höchstens 5 Jahren erkannt werden. . . .
>
> Die Landespolizeibehörde erhält hierdurch die Befugnis, nach Anhörung der Gefängnisverwaltung dem Verurteilten an denjenigen Orten, wo jene Gefahr besteht, den Aufenthalt zu untersagen."

Gerade diese Formulierung beweist zur Evidenz, daß die Aufenthaltsbeschränkungen des Strafgesetzbuches, die an die Stelle der Polizeiaufsicht treten soll, und die sicherheitspolizeiliche Aufenthaltsbeschränkung der Landesgesetze ganz auf dasselbe hinauslaufen. Erstere würde auch keineswegs für den Verurteilten empfindlicher sein als die letztere, wenn der Vorentwurf Gesetz werden sollte; im Gegenteil. Die Folge wird also die sein, daß die Polizeibehörde in allen den Fällen, in denen nach den Vorschriften des künftigen Strafgesetzbuchs die Aufenthaltsbeschränkung nicht eintreten soll, gleichwohl auf Grund der Landesgesetze die Beschränkung verhängen kann. Ja die Polizei wird da, wo sie auf Grund

des Landesgesetzes vorgehen kann, selbst gegen Personen, gegen die im Sinne des jetzigen § 53 des Vorentwurfs die „Zulässigkeit der Beschrän kung des Aufenthalts" verhängt worden ist, lieber das Landesgesetz anwenden, da dieses der Polizei viel weitergreifende Befugnisse gibt, insbesondere, wie bemerkt, keine zeitlichen oder örtlichen Schranken der Ausweisung kennt. Daß diese unsere Annahme nicht eine willkürliche Konstruktion ist, zeigen die Verhältnisse in Berlin, wo die Ausweisung schon jetzt stets nur auf Grund des Gesetzes von 1842 ausgesprochen wird, mag nun der Bestrafte unter Polizeiaufsicht stehen oder nicht. Dies ist die Ursache, weshalb in den Jahren 1900—1905 trotz der Tausende von Ausweisungen, die gemäß dem Gesetz von 1842 ergangen sind, keine einzige auf Grund der §§ 38, 39 StrGB. angeordnet worden ist.[10]) In diesem Zusammenhange wird der Widersinn am deutlichsten, der in der Beibehaltung der landesgesetzlichen Aufenthaltsbeschränkungen gegenüber dem § 53 des Vorentwurfs liegt. Der Reichsgesetzgeber bemüht sich, im staatsbürgerlichen Rechtsschutzinteresse die Aufenthaltsbeschränkungen sorgfältig abzugrenzen: Die Zulässigkeit derselben soll nur unter besonderen Voraussetzungen durch den Richter ausgesprochen und nur für bestimmte Orte und auf höchstens 5 Jahre verhängt werden dürfen — aber alle diese Einschränkungen stehen nur auf dem Papier, da das Landesgesetz der Polizei gestattet, sich darüber hinwegzusetzen.

Man sollte meinen, daß die Unhaltbarkeit dieses Rechtszustandes jedem einleuchten müßte. Auch der mit der Ausarbeitung des Vorentwurfs betrauten Kommission ist sie schwerlich entgangen, und es ist hier wohl die Vermutung gestattet, daß noch andere als die in der offiziellen Begründung angegebenen Argumente, die allzu sehr den Stempel der Verlegenheit tragen, für die Fassung des Entwurfs maßgebend gewesen sind. Selbstverständlich hatten ja die Mitglieder der Kommission in dem Entwurf nicht lediglich ihre persönlichen wissenschaftlichen Überzeugungen zum Ausdrucke zu bringen, sondern auch die von der Regierung gegebenen Direktiven zu beachten. In diesen wird das Hindernis einer befriedigenden Regelung der Materie zu suchen sein. Es ist verständlich, wenn die Regierung — und Reichs- und Landesregierungen können insoweit als Einheit angesehen werden — grundsätzlich auf dem Standpunkte steht, polizeiliche Machtbefugnisse nicht aus der Hand zu geben; sie wird sich von der Erwägung leiten lassen, daß die Polizei das Gesetz im allgemeinen verständig anwenden und bei Mißgriffen die Beschwerde im Dienstaufsichtswege Abhilfe schaffen werde. Dies kann aber vom staatsbürgerlichen Standpunkte aus nicht genügen, vielmehr sind für so schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit, wie sie in der Ausweisung liegen, Rechtsgarantieen zu verlangen. Sicherlich bestehen ferner, wie man übrigens auch aus der Begründung zum Vorentwurf herauslesen kann, bei der Regierung föderalistische Bedenken vor einem Eingriffe in die Landesgesetzgebung. Solche Bedenken mögen im allgemeinen politisch gewiß von schwerwiegender Bedeutung sein. Sie dürfen aber nicht in Angelegenheiten, die unzweifelhaft zur Zuständigkeit des Reichs gehören, zur Schablone und zum Hindernisse des Fortschrittes werden. Mögen deshalb diese Zeilen dazu beitragen, daß bei der definitiven Strafrechtsreform den humanen Tendenzen des Reichsrechts die gesetzliche Gewähr wirksamer Durchführung gegenüber einer rückständigen Landesgesetzgebung verschafft werde.

---

10) Nußbaum, ZGSt. 28, 352.

Zulässigkeit der Nebenklage des Verletzten bei versuchter Tötung auf Grund von § 443, Abs. 1, StPO.

Von Dr. Liebezeit, Breslau.

In einer vor dem hiesigen Schwurgericht verhandelten Sache hatte der Angeklagte die X. in der vorher geäußerten Absicht, sich für ihre Untreue zu rächen, aufgesucht und ihr nach einem kurzen Wortwechsel mit einem Rasiermesser mehrere lebensgefährliche Verletzungen beigebracht; erst auf ihr Hilfegeschrei hatte er von weiteren Angriffen Abstand genommen. Nach der ganzen Sachlage mußte Tötungsabsicht vorausgesetzt werden.

Nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen versuchten Mordes beantragte die inzwischen von ihrer Verwundung wiederhergestellte X. die Zulassung als Nebenklägerin gemäß § 443 Abs. 1 l. c., indem sie geltend machte, daß sie berechtigt sei, eine Buße zu verlangen, da sie mit dem Mordversuch des Angeklagten eine vollendete gefährliche Körperverletzung ideell konkurriere und § 231 StPO. ausdrücklich bei allen Fällen der Körperverletzung, auch wenn diese in concreto mit einem Delikt außerhalb des 17. Abschnittes des StGB. in Idealkonkurrenz stehe, dem Verletzten das Recht gewähre, die Zuerkennung einer Buße zu verlangen. Die Strafkammer trat dieser Auffassung bei und gab der Anschlußerklärung der X. als Nebenklägerin statt.

Die Entscheidung wurde von dem OLG. Breslau[1]) in der Beschwerdeinstanz bestätigt, mit der Begründung: Zwar liege bei den Delikten, bei deren Vollendung eine Gesundheitsbeschädigung des Verletzten begrifflich notwendig sei, nicht stets, wie das Landgericht annehme, Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz vor, so daß alle mit Tötungswillen vorgenommenen Körperverletzungen allein unter das Tötungsverbot fielen und dementsprechend zu beurteilen seien. Indessen sei ausnahmsweise eine Idealkonkurrenz zwischen Tötung und Körperverletzung anzunehmen, wenn der Täter mit dem doppelten Vorsatz handele, an erster Stelle sein Opfer zu töten, eventuell aber auch, es durch eine gefährliche Körperverletzung unschädlich zu machen.[2]) Da im vorliegenden Falle eine solche Idealkonkurrenz zwischen Mordversuch und vollendeter gefährlicher Körperverletzung nach den Tatumständen als vorhanden anzusehen sei, so sei die Voraussetzung des § 231 für die Zuerkennung einer Buße an die H. erfüllt und deshalb ihre Anschlußerklärung als Nebenklägerin auf Grund von § 443 Abs. 1 l. c. zuzulassen.

Man wird diese Entscheidung de lege ferenda im Ergebnis uneingeschränkt billigen müssen, in der Begründung geht sie jedoch zweifellos fehl. Da die äußere Handlung des vollendeten wie des versuchten Tötungsdelikts ohne Gesundheitsbeschädigung des Angegriffenen undenkbar ist und demzufolge der Tötungsvorsatz, auch als dolus eventualis, den der Körperverletzung begriffsnotwendig dergestalt in sich schließt, daß die Annahme eines direkten Tötungs- und eines indirekten Körperverletzungsvorsatzes für dieselbe Tat ausgeschlossen ist, so wird die Körperverletzung überall durch die gesetzlichen Merkmale des Tötungsdeliktes consumiert,

---

[1]) Beschluß des Strafsenats vom 8. Juni 1909.

[2]) Olshausen, 7. Aufl., Note 17g zu § 223.

steht also zu den Tötungsdelikten nicht im Verhältnis der Ideal-, sondern ausschließlich in dem der Gesetzeskonkurrenz.[3])

Es gilt hier der gleiche Grundsatz wie bei dem vom Reichsgericht[4]) ausdrücklich als Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Zusammentreffen von Hausfriedensbruch und vollendetem oder versuchtem schwerem Diebstahl mittels Einsteigens. Geht nun aber die vollendete Körperverletzung vermöge der Gesetzeskonkurrenz in dem (versuchten) Tötungsdelikt völlig auf, so ist die Zuerkennung einer Buße an den Verletzten auf Grund von § 231 StGB. ausgeschlossen.[5]) Die gegenteilige Auffassung führt zu einer nach allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen unzulässigen analogen Anwendung des § 231 StGB, auf von diesem nicht betroffene Tatbestände. Daher ist der Anschluß des Verletzten als Nebenkläger in dem auf erhobene öffentliche Klage wegen versuchter Tötung (Mord) anhängigen Verfahren nicht nach § 443 Abs. 1 l. c., sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 435 Abs. 2 StPO. statthaft, die hier nicht vorlagen.

Da die jetzige Spezialisierung der Buße in §§ 188 und 231 StGB. zu widerspruchsvollen Konsequenzen führt[6]), so empfiehlt sich die in § 57 des soeben veröffentlichten Vorentwurfs zum neuen StGB. vorgesehene generelle Zuerkennung des Schadensersatzes an den Verletzten auf dessen Verlangen neben der Strafe, sofern der Verurteilte den durch die strafbare Handlung dem Verletzten zugefügten Schaden nach bürgerlichem Rechte zu ersetzen hat.

Durch eine solche Vorschrift würde der § 443 Abs. 1 StGB. die im vorliegenden Streitfalle als erforderlich erachtete Erweiterung seines Geltungsbereichs erfahren.

---

[3]) Olshausen, Note 3 zu § 46. Frank, StGB. 1908, Note II, Abs. 3 zu § 216. Meyer-Allfeld, Strafrecht 1907, S. 351, Reichsger.-Entsch. Bd. 25, S. 148, Bd. 28, S. 212.

[4]) Reichsger., Bd. 40, S. 430.

[5]) Olshausen, Note 5 zu § 231, Frank, Note III zu § 223.

[6]) Bd. VI, Allgem. Teil der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, S. 16, Note 3.

Ist nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Einstellung des Verfahrens durch Beschluß wegen Mangel des Strafantrags möglich?

Von Staatsanwalt Dr. Feisenberger, Magdeburg.

I. Die in der Überschrift aufgeworfene, in diesem Archiv Bd. 36 S. 145 von Meves bereits berührte Frage, die in einem mir vorliegenden Falle letzthin praktisch geworden ist, ohne jedoch zu einer Entscheidung in höherer Instanz zu führen, gibt zu folgenden Bemerkungen Anlaß, aus denen ihre Verneinung erfolgt.

1. Die Strafprozeßordnung kennt kein besonderes zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung liegendes Zwischenverfahren. Das Gericht als solches kann in diesem Prozeßstadium lediglich unter den Voraussetzungen des § 203 (auch 222) tätig werden — im übrigen sind in der Prozeßordnung nur Bestimmungen



für eine die Vorbereitung der Hauptverhandlung betreffende Tätigkeit des Vorsitzenden gegeben. Aus diesem Schweigen folgt, daß, wenn schon einmal das Hauptverfahren eröffnet ist, die Sache selbst nur durch Urteil gemäß § 259 StPO. erledigt werden kann — (§ 203 ist nur eine vorläufige Erledigung). —

2. Der hiernach sich ergebende Mangel einer gesetzlichen Grundlage für eine Einstellung durch Beschluß kann auch durch das Einverständnis des Gerichts mit den Prozeßbeteiligten nicht ersetzt werden, weil einem solchen Einverständnis unmöglich die Fähigkeit beigelegt werden kann eine von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Änderung des ordentlichen Verfahrens herbeizuführen.

3. Noch weniger haltbar erscheint die Auffassung, daß schon das Einverständnis des Gerichts mit einem der Prozeßbeteiligten, nämlich der Staatsanwaltschaft allein ausreichend sei, die Hauptverhandlung auszuschließen und durch Beschluß das Verfahren einzustellen. Denn, nachdem das Hauptverfahren eröffnet ist, hat auch der Angeklagte auf Grund der StPO. das Recht zu verlangen, daß in einer Hauptverhandlung durch Urteil mit allen seinen rechtlichen Wirkungen über die in dem Eröffnungsbeschluß liegende und die Grundlage des weiteren Verfahrens bildende Anklage entschieden wird. — Es mus sogar noch weitergehend angenommen werden, daß in Verfolg der in R 5 S. 623 niedergelegten Auffassung des Reichsgerichts der Straf-Antragsteller ein Recht auf ein Urteil hat, nachdem der Prozeß in ein solches Stadium fortgeschritten ist. — Die sämtlichen Prozeßbeteiligten werden auch in in ihrem Rechte stark benachteiligt, wenn ihnen die Möglichkeit genommen wird, gegen eine den Kostenpunkt unrichtig ergebende Entscheidung das Rechtsmittel der Revision an das Reichsgericht einzulegen.

4. Von wesentlichster Bedeutung ist aber der Umstand, daß ein solcher die Einstellung aussprechender Beschluß nicht geeignet ist, den Angeklagten vor weiterer Strafverfolgung so zu schützen, wie ein die Einstellung aussprechendes Urteil. Während das Urteil die Rechtskraft erlangen kann dadurch, daß die Frist zur Einlegung der Revision verstreicht, kann der Beschluß durch die einfache Beschwerde, die an keine Frist gebunden ist, jederzeit noch angefochten werden, sodaß eine entgültige Erledigung des Verfahrens eigentlich erst eine Folge des Eintritts der Verjährung der Strafverfolgung ist — so lange schwebt also über dem Angeklagten als Damoklesschwert die Möglichkeit, daß das Verfahren gegen ihn wieder lebendig wird. —

5. Während ferner das Urteil überhaupt Rechtskraft erlangt, ist der Einstellungsbeschluss — selbst wenn er in der Beschwerdeinstanz Bestätigung gefunden hat — der Rechtskraft in dem Sinne, daß durch ihn res judicata entsteht und er dem Angeklagten den Einwand ne bis in idem verschafft, nicht fähig. Durch einen solchen Beschluß wird eine entgültige Entscheidung im Prozeßwege, auf die nach allgemein gültigen Grundsätzen jedes Strafprozeßrechts die Prozeßbeteiligten ein Recht haben, nicht herbeigeführt, vielmehr würde diese Erledigung nur durch Eintritt der Verjährung, also durch Einwirkung materiellen Rechts, erfolgen können. —

6. Das Reichsgericht hat in R. 3 S. 760 ausgesprochen, daß ein in der Hauptverhandlung gefaßter Beschluß, durch welchen das Verfahren eingestellt wird, unwirksam ist. Daraus darf als die Meinung des Reichsgerichts gefolgert werden, daß diese Unwirksamkeit jeden Beschluß trifft,

der die Einstellung des Verfahrens nach Eröffnung des Hauptverfahrens aus einem der Gründe, wie sie § 259 Abs. 2 StrPO. enthält, ausspricht. Denn es erscheint einleuchtend, daß nicht eine beschließende Strafkammer in der Besetzung von drei Richtern ein Verfahren durch Beschluß einstellen kann, in dessen weiterem Verlauf über die Einstellung ein erkennendes Gericht in der Besetzung von fünf Richtern durch Urteil erkennen muß, zumal wenn vielleicht schon (wie in dem praktischen Fall, der diese Ausführungen veranlaßt hat) durch Ansetzung des Hauptverhandlungstermins bereits das Prozeßstadium der „Vorbereitung der Hauptverhandlung" eingetreten ist. —

7. Die praktischen Folgen der aufgeworfenen Frage für den Angeklagten ergeben sich aus den Ausführungen zu 4 und 5; sie seien durch wenige Beispiele erläutert. —

a) Das Gericht ist an seinen Beschluß nicht gebunden; es kann ihn daher (noch nach Jahren ev.) von selbst oder auf Beschwerde in gleicher oder anderer Besetzung aufheben.

b) Der Beschluß verhindert nicht die Erhebung einer neuen Anklage; auf diese Anklage hin würde ein anders zusammengesetztes Gericht, welches den vordem für erforderlich gehaltenen Strafantrag nicht für erforderlich hält, zu einer Verurteilung gelangen können.

In diesen und ähnlichen Fällen würde der Angeklagte mit dem Einwande ne bis in idem oder dem Einwande der res judicata nicht gehört werden können.

8. Weitere praktische, für die bestehende Ordnung der Instanzen unliebsame Folgen seien hier auch an wenigen Beispielen dargelegt.

a) Die Eröffnung des Hauptverfahrens ist abgelehnt, weil der erforderliche Strafantrag nicht vorliegt. Auf sofortige Beschwerde wird es von der höheren Instanz (Oberlandesgericht) eröffnet. Das Gericht stellt nunmehr ohne Hauptverhandlung durch Beschluß ein — es ist ja insoweit durch die vorherige Entscheidung der Beschwerdeinstanz nicht gebunden.

b) Das Hauptverfahren ist eröffnet; gemäß § 75 GVG. ist Überweisung an das Schöffengericht erfolgt. Der Amtsrichter allein würde die Befugnis haben, z. B. weil er einen Strafantrag für erforderlich hält, sich ohne Hauptverhandlung über den Eröffnungsbeschluß der Strafkammer hinwegzusetzen und durch Beschluß einzustellen. —

9. Von der hier vertretenen Auffassung weichen ab Löwe zu § 259 StrPO. n. 11 und Olshausen zu § 64 StrGB. n. 12; an beiden Orten fehlt jedoch eine Begründung der Ansichten unter Berücksichtigung der für das Verfahren maßgebenden positiven Vorschriften der StrPO. — Beide Kommentare scheinen zu ihrer die aufgeworfene Frage bejahenden Stellungnahme aus Gesichtspunkten reiner Zweckmäßigkeit gelangt zu sein; es handelt sich aber vorliegend nicht um eine Frage der Zweckmäßigkeit, eine Frage rein formaler Art, sondern um eine Frage von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung und Tragweite.

Für die hier vertretene Auffassung vergleiche Stenglein zu § 259 StrPO. n. 5 und Meves am Eingangs angegebenen Ort. —

II. Die vorstehend entwickelte Ansicht findet in der Begründung zu § 208 des Entwurfs einer Strafprozeßordnung Anerkennung; dort wird ausgeführt: „Nach jetzigem Recht gibt es kein Mittel, die Eröffnung des Hauptverfahrens rückgängig zu machen, wenn sich nachträglich herausstellt, daß eine Verurteilung des Angeklagten ausgeschlossen ist. . . Diesem Mangel

ist abzuhelfen. Der Entwurf . . . berücksichtigt . . . zugleich die Fälle, in denen sich herausstellt, daß aus Rechtsgründen die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nicht . . . verfolgbar ist, z. B. wenn bei der Eröffnung übersehen worden ist, daß . . . ein Strafantrag nicht gestellt ist, obwohl es dessen bedarf."

§ 208 des Entwurfes bestimmt demgemäß: „Stellt sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens heraus, daß die Tat . . nicht verfolgbar ist . . . . so kann das Gericht, solange nicht in eine Hauptverhandlung eingetreten ist, auf Antrag der Staatsanwaltschaft den Angeklagten außer Verfolgung setzen."

Aus dieser Bestimmung folgt ohne Zweifel, daß das Gericht nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Mängel des Strafantrags das Verfahren nicht durch Beschluß einstellen kann; es kann nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Außerverfolgsetzung beschließen, deren Wirkungen nach § 208 Abs. 2 Entw. die gleichen sind wie heute nach § 210 StrPO. — Stellt die Staatsanwaltschaft den Antrag nicht, so muß zur Hauptverhandlung geschritten werden; die Erledigung des Verfahrens kann dann nur durch Urteil erfolgen (§ 254 Entw.)

Wird der Entwurf zum Gesetz, so ist damit die erörterte Streitfrage im Sinne der unter I auch schon für das heutige Recht als richtig bezeichneten Ansicht entschieden.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländschen Strafrechts.

Berichte von Staatsanwalt und Privatdozent Dr. Klee, Berlin.

Bericht VIII (Allgemeiner Teil, Fortsetzung: Bd. III: Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung. Strafzumessung. Unbestimmte Verurteilung. Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher. Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. — Bd. IV: Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. Berufsrechte und verwandte Fälle. Strafen und verwandte Maßregeln; nebst Anhang: Strafenwesen in Amerika. Vorläufige Entlassung).

v. Liszt fordert in seiner Abhandlung über bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung reichsrechtliche Regelung der ersteren mit richterlicher (nicht Verwaltungs-) Entscheidung über den Strafaufschub und grundsätzlich von Rechtswegen (nicht durch einen Akt der Verwaltung) eintretenden Straferlaß (Tilgung der Verurteilung). Hierbei soll vermieden werden der starre Formalismus des für die Frage der Bewährung lediglich auf eine bestimmte Art neuer Verurteilung wegen einer Straftat abstellenden belgisch-französischen Systems. Mit der Aussetzung der Strafvollstreckung soll nach englisch-amerikanischem Muster (Probationssystem) Hand in Hand gehen die Stellung unter die Schutzaufsicht eines Fürsorgers oder Fürsorgevereins, und zwar bei jugendlichen Verbrechern grundsätzlich, bei anderen in den dazu geeigneten Fällen. Im Falle der Nichtbewährung — insbesondere wegen Nichterfüllung auferlegter Verpflichtungen (z. B. Schadenersatz) — wird die seinerzeit verhängte Strafe nicht ipsa lege vollstreckbar, sondern wiederum auf Grund richterlicher Entscheidung. v. Liszt will die b. V. zulassen bei allen Geldstrafen ohne Einschränkung, bei Haft, Gefängnis, Fe-

stung bis zu fünf Jahren, sie demnach nur ausschließen bei der Todesstrafe, bei Zuchthaus und Festung über fünf Jahren. Es ist mehr als zweifelhaft, ob diese weite Ausdehnung nicht im Widerspruch steht mit dem vom Verfasser selbst betonten Gesichtspunkt, daß bei schweren Fällen im Interesse der Generalprävention die Strafe ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Täters vollstreckt werden müsse und nicht ausgesetzt werden dürfe. Unwürdig der Wohltat der b. V. soll nicht die Tatsache des „Gesessenhabens" schlechthin, sondern nur die Verbüßung einer Freiheitsstrafe von einer gewissen Schwere machen; im übrigen habe der Richter zu ermessen, ob von der Strafaussetzung Besserung zu erwarten sei.

Es ist v. Liszt darin unbedingt beizupflichten, daß b. B. und b. V. nur in ihrer technischen Ausgestaltung, nicht aber in ihrem Grundgedanken verschieden sind, und daß die Konsequenz von der b. B. zur b. V. führt. Den ersten Schritt zur b. V. erblickt v. Liszt mit Recht in der seit 1903 geltenden Vorschrift einer gutachtlichen Äußerung des erkennenden Gerichts über die Würdigkeit des Verurteilten, der b. B. empfohlen zu werden. Zwei Gründe führt der Verf. in der Hauptsache für den Ersatz der b. B. durch die b. V. an: Einmal die Notwendigkeit, an Stelle der Willkür der Justizverwaltung das gesetzlich geleitete richterliche Ermessen zu setzen, und ferner die zumal bei reichsrechtlicher Regelung bestehende staatsrechtliche Unmöglichkeit, die Ausübung des Gnadenrechts auf die Dauer durch das Gesetz an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Von diesen Gründen schlägt der erste nicht durch. Von „Willkür" der Justizverwaltung kann nicht gesprochen werden, solange die b. B. nach bestimmten Grundsätzen ausgeübt und solange nicht der Beweis erbracht ist, daß die im letzten Grunde stets von der Subjektivität abhängige Entscheidung größere Gewähr für eine gleichmäßige Handhabung bietet, wenn sie durch den Richter erfolgt als bei dem jetzigen Modus.

Der zweite Grund für die Unzulänglichkeit der b. B. leuchtet ohne weiteres ein. Hiermit ist aber noch nicht die weitere Behauptung v. Liszt's bewiesen, daß die b. B. nur durch die b. V. ersetzt werden könne und müsse. Die Hauptfrage ist vielmehr die: Hat es überhaupt einen kriminalpolitischen Wert, bedingt eine Strafe zu verhängen und sie im Falle der Nichtbewährung nach Jahr und Tag zu vollstrecken? Wer die Frage bejaht, muß von der motivierenden Kraft des gleich einem „Damoklesschwert" wirkenden Übel des Schwebezustandes der Strafaussetzung überzeugt, er muß weiter von der psychologischen Wirkung einer nach langer Frist noch vollstreckten Strafe durchdrungen sei. Wie steht es aber in Wahrheit mit beiden Voraussetzungen? v. Liszt erkennt selbst die nahe Gefahr an, von deren Bestehen sich jeder Praktiker täglich überzeugen kann, daß bei jugendlichen Verurteilten — und ihnen gegenüber soll doch wohl auch in Zukunft hauptsächlich die b. V. angewandt werden — die ihnen in Aussicht gestellte Strafvollstreckung aus ihrem Vorstellungsleben verschwindet, folglich nicht zu rechtgemäßer Lebensführung motivieren kann. Die vom Verf. geforderte eindringlichere Gestaltung des Urteilsspruchs (vgl. die Verwarnung in Italien) würde diese Gefahr nicht wesentlich herabmindern. Bei der vor allem aber verlangten Verbindung der Strafaussetzung mit der Schutzfürsorge würde der Schwerpunkt der motivierenden Kraft sicher dergestalt in die Schutzfürsorge fallen, daß neben ihr das Übel des Schwebezustandes als solches völlig in den Hinter-

grund träte und sich als überflüssig erwiese. Denn ist eine wohlausgestaltete Schutzfürsorge nicht imstande, den Verurteilten auf dem rechten Wege zu halten, so wird es auch die nach v. Liszt's zutreffender Ansicht für sich allein machtlose Aussicht auf etwaige Strafverbüßung nicht können. Wie aber bei den Erwachsenen, denen gegenüber Schutzfürsorge in der Probezeit nur „geeignetenfalls" Platz greifen soll? Hier selbst die motivierende Kraft der ausgesetzten Vollstreckung bis zu einem gewissen Grade zugegeben — in keinem Falle kann anerkannt werden, daß die bei Nichtbewährung nach Jahr und Tag vollstreckte Strafe in einem vernünftigen psychologisch begründeten Zusammenhang mit der einst begangenen Straftat steht und, soweit diese in Frage kommt, irgend einen Strafzweck erfüllen kann. In den seltensten Fällen wird der bedingt Verurteilte sich bewußt sein, daß er für die lange zurückliegende Straftat bestraft wird; die Strafe wird ihm vielmehr regelmäßig als Reaktion gegen seine schlechte — nicht notwendig kriminelle — Führung in der Probezeit erscheinen. Dieser Tatsache trägt die im wesentlichen auf Grund dieser Führung erfolgende nachträgliche Festsetzung der Strafe im englisch-amerikanischen Recht, das nicht die Vollstreckung, aber auch nicht die Verurteilung, sondern die Festsetzung der Strafe aussetzt, Rechnung. Eine Nachahmung dieses Beispiels verbietet sich von selbst, solange wir noch Strafe für ein bestimmtes Kriminalvergehen und nicht für ein „soziales Verhalten" verhängen. Auch v. Liszt sieht in der Bemessung der Strafe nach der Lebensführung in der Zwischenzeit eine nicht gerechtfertigte Veränderung des Wesens des bedingten Straferlasses. Die Strafe aber unter völliger Abstraktion von der Führung des bedingt Verurteilten nachträglich festzusetzen, ist praktisch undurchführbar. Hiernach ist d. l. f. jede nachträgliche, von der Bedingung guter Führung abhängig gemachte Strafvollstreckung zu verwerfen. Übrig bleibt nur, die Straftat, etwa in Verbindung mit einem Verweis, durch Urteil festzustellen und gegebenenfalls Schutzfürsorge solange, bis der Verurteilte ihrer entraten kann. Wo Schutzfürsorge nicht von vornherein eintritt, kann sie angeordnet werden, wenn der Verurteilte wieder auf moralische oder kriminelle Abwege gerät. Der Rückfall in eine verwandte. erhebliche Straftat, zumal trotz Schutzfürsorge, hat als Strafschärfungsgrund zu gelten.

Wie Rosenfeld in seiner Abhandlung über Strafzumessung nachweist, hat sich in Deutschland das richterliche Strafzumessungsrecht aus dem mittelalterlichen „Richten nach Gnade" entwickelt. Die auf die Individualität des einzelnen Falles abstellende Gnade war ursprünglich nicht Sache der Krone, einer Zentralinstanz, wie in Rom, sondern in die Hand des Richters gegeben. An diese Erscheinung sei anzuknüpfen in Form einer dem geltenden Recht gegenüber noch freieren Ausgestaltung der richterlichen Strafzumessung. Eine Nachahmung der romanischen gebundenen Strafzumessung (namentlich der italienischen „Strafrähmchenwirtschaft" mit Bruchrechnungen, die den Richter zur Rechenmaschine degradiere) weist Rosenfeld deshalb entschieden zurück. Der am folgerichtigsten im Norwegischen StGB. durchgeführte Gesichtspunkt der Individualisierung führt ihn zu dem Vorschlag einer beträchtlichen Erweiterung der Strafnahmen unter grundsätzlicher Beseitigung aller Strafminima. Ausnahmsweise bestehenbleibende Minima sollen im Hinblick auf die Notwendigkeit außergewöhnlich intensiver Einwirkung nicht unter 1 Jahr — abgesehen von „minder schweren" Fällen — betragen, ein Vorschlag, der uns nicht innerlich begründet und konsequent erscheint.

Straferhöhungs- und Minderungsgründe auch nur beispielsweise aufzustellen, empfiehlt der Verfasser nicht; besser sei eine allgemeine Anleitung des Richters etwa nach dem Muster des Schweizer Entwurfs: „Der Richter bemißt die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältniss des Schuldigen.“ Es läßt sich darüber streiten, ob eine solche allgemeine Direktive von nöten ist, wenn das ganze System auf einem einheitlichen Schuldgedanken aufgebaut ist, wenn z. B. nirgends der vom Zufall abhängigen Schwere des Schadens Einfluß eingeräumt ist. Ist aber dieses Prinzip nicht durchgeführt, wäre es in der Tat ein wichtiger Fingerzeig für die Strafzumessung, wenn die Höhe des durch die Verletzung verursachten Schadens unter den allgemeinen Strafzumessungsgründen fehlte. Mit Recht spricht sich R. gegen die Beibehaltung des Systems der mildernden Umstände aus, mit denen der Gesetzgeber einen ausnahmsweisen besonderen Strafrahmen einführen wollte, die aber in der Praxis nur dazu dienen, den regelmäßigen Strafrahmen zu erweitern, was z. B. beim Betruge eine „Spannung“ von 3 M. Geldstrafe bis zu 5 Jahren Gefängnis und 3000 M. Geldstrafe zur Folge hat. Im einzelnen redet der Verf. ferner nach dem Vorbilde Norwegens einer weit häufigeren Anwendung der Geldstrafe das Wort. Die letzte Konsequenz der freien Strafzumessung ist das in England und Norwegen ausgebildete Absehen von Strafe überhaupt für Bagatellsachen. Bei der in Deutschland zu erwartenden Einschränkung des Legalitätsprinzips würde die Nachahmung dieses Beispiels praktisch nicht von übermäßiger Bedeutung sein. Gleichwohl schlägt R. für das ganze Gebiet der heutigen Schöffengerichtssachen, soweit das Gesetz grundsätzlich Geldstrafe androht (Genf) — diese soll künftig bei diesen Sachen überall wenigstens möglich sein —, vor, ein Absehen von Strafe, vielleicht bemäntelt durch die Form einer „Warnung“, für statthaft zu erklären. So weit wie Holland und England, die auch bei den schwersten Straftaten, z. B. Totschlag, Geldstrafe zulassen — der Schweizer Entwurf hat sich dem unter bestimmten konkreten Voraussetzungen angeschlossen — will der Verf. nicht gehen. Ebenso wie nach unten erheischt auch nach oben das Prinzip der Individualisierung absolute Freiheit der Strafzumessung, logisch bis zum unbestimmten Strafurteil mit der Möglichkeit lebenslänglicher Internierung. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen lehnt R. diese Konsequenzen ab; nur für die nicht zur Klasse der Habituellen gehörenden Delinquenten will er die „bewegliche“ Strafe mit geringem Höchstmaß zulassen. Die norwegische Bestimmung, wonach es dem zu Haft Verurteilten gestattet ist, Umwandlung der Haftstrafe in das härtere Gefängnis — Norwegen kennt lediglich diese beiden Freiheitsstrafarten — zu beantragen, befürwortet der Verf. für das künftige deutsche StGB. als einen unwürdigen Handel mit der Gerechtigkeit nicht. Sie steht selbst mit der anderen Vorschrift des Norwegischen StGB. in einem gewissen Widerspruch, die bestimmt, daß da, wo Gefängnis als einzige Strafart angedroht ist, entsprechende Haft verhängt werden kann, wenn die Handlung nicht aus ehrloser Gesinnung entsprungen ist.

van Calker in seiner Abhandlung über die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung sieht in dieser letztgedachten Vorschrift eine auch für den deutschen Gesetzgeber nachahmenswerte prinzipielle Erfassung des dem § 20 RStGB., der sich auf politische Delikte beschränkt, zu Grunde liegenden Gedankens. van Calker's Vorschlag scheint uns einerseits zu weit, andererseits nicht weit genug zu gehen. Alle Delikte

ohne Ausnahme mit der leichten Haft- (oder Festungs-) Strafe zu bestrafen, wenn sie nicht aus ehrlosen Beweggründen begangen sind, dürfte im Rahmen eines den grundsätzlichen Maßstab des sozialen Wertes des verletzten Rechtsguts für die Bestimmung der Strafart festhaltenden Strafensystems nicht angängig sein. Die vom österreichischen Entwurf vorgesehene Beschränkung auf leichtere Delikte ist daher wohl vorzuziehen. Innerhalb dieser Grenzen wird der von Calker vertretene Grundgedanke aber nur dann Geltung behaupten können, wenn dem Richter nicht nur fakultativ, wie van Calker will, sondern wie in § 20 RStGB., obligatorisch die Anwendung nicht entehrender Strafart nicht ehrlosen Handlungen gegenüber vorgeschrieben wird. Ergänzend ist der Vorschlag des Verf., auch den Delikten gegenüber, die heute nur mit der custodia honesta bestraft werden, im Falle ehrloser Gesinnung in concreto die entehrende Freiheitsstrafe eintreten zu lassen.

Radbruch behandelt die gesetzliche Strafänderung. An den besonderen Strafänderungsgründen des geltenden Rechts tadelt er zweierlei: Es verwerte häufig statt des die Strafwürdigkeit erhöhenden oder vermindernden Umstandes selbst ein bloßes Symptom seines Vorliegens und zwar auch dann, wenn Beweisschwierigkeiten, die eine Umschreibung des inneren Grundes durch ein leichter feststellbares äußerliches Symptom rechtfertigen, nicht in Frage kommen. So sei es z. B. richtiger, mit dem Schweizer Entwurf die mildere Bestrafung der Kindstötung davon abhängig zu machen, daß sie „unter dem Einfluß des Geburtsvorganges" begangen ist, als von dem Zeitpunkt der Begehung („in oder gleich nach der Geburt" wie in § 217 RStGB.). Ferner hält es Radbruch nicht für angemessen, mehrere heterogene Strafänderungsgründe zu häufen, wie z. B. im § 243 das Erbrechen mit Verletzung einer besonders befriedeten Räumlichkeit. Das System der mildernden Umstände verwirft der Verfasser ebenso wie Rosenfeld (s. oben). Er nennt es in sich widerspruchsvoll, da der Richter zur Strafmilderung nicht verpflichtet, sondern nur ermächtigt werde, der ordentliche und der außerordentliche Strafrahmen auch ineinander übergreife, ferner nur bestimmte Delikte vom System ergriffen werden. Wie Rosenfeld weist Radbruch aber vor allem auf die gänzliche Unwirksamkeit des Systems der mildernden Umstände in der Praxis hin, die sie anstatt ausnahmsweise regelmäßig feststelle. Während aber die Verwerfung de Systems der mildernden Umstände Rosenfeld zu der Forderung möglichst weiter Strafrahmen unter Beseitigung der Minima führt, glaubt Radbruch mit Rücksicht auf die durchschnittlich gelagerten Straffälle die Minima nicht entbehren zu können und plädiert daher für die Aufstellung spezialisierter, den Richter bindenden und exklusiver Milderungsgründe. Die Abneigung der Gerichte gegen die strengeren Strafmaße hält Radbruch auch von dem nach seiner Meinung an sich gegebenen Vorschlag fakultativer Rückfallsschärfung ab. Er will an der obligatorischen Schärfung festhalten, diese aber an die Voraussetzung des Vorhandenseins bestimmter Kriterien knüpfen, die den Rückfall als sicheres Symptom verbrecherischer Gewohnheit erscheinen lassen. Im übrigen soll der Rückfall zum allgemeinen Strafschärfungsgrund erhoben und auf das Erfordernis der Gleichartigkeit des Delikts im Hinblick darauf, daß erfahrungsgemäß mit der Häufigkeit der Vorstrafen die Vielseitigkeit der Rückfälle wächst, verzichtet werden. Die Erwägung, daß der Rück-

fall kriminalpolitisch nur ins Gewicht fällt, wenn er Ausfluß eines verbrecherischen Hanges, also nicht durch Notlage u. dergl. veranlaßt ist, führt aber den Verf. über den Rückfall selbst hinaus zur Forderung des Ersatzes der Strafschärfung wegen Rückfalls durch die Strafschärfung wegen Gewohnheitsmäßigkeit. Im Einklang mit den Vorschlägen M. E. Mayer's auf dem 28. Deutsch. Juristentag empfiehlt Radbruch, als allgemeinen Schärfungsgrund aufzustellen die gleichartige sowohl als die ungleichartige Gewerbsmäßigkeit. Was die gewohnheitsmäßige, nicht dem Erwerbe dienende Begehung anlangt, glaubt er die Schärfung auf die Fälle des ungleichartigen Delinquierens beschränken zu sollen. Der Fetischist, der gewohnheitsmäßig den Mädchen die Taschentücher stiehlt, der Bauer, der jeden Sonntag rauft, könne im übrigen ein recht nützlicher Bürger sein; erst wenn der Delinquent die mit der Zahl der Vorstrafen wachsende kriminelle Vielseitigkeit entwickele, sei von einer die besonders erhöhte Reaktion des Strafrechts erfordernden kriminellen Verseuchung der Gesamtpersönlichkeit die Rede. Dagegen soll der Rückfall der Gelegenheitsverbrecher in ein Gelegenheitsverbrechen nur innerhalb des ordentlichen Strafrahmens straferhöhend wirken.

Die Anrechnung der Untersuchungshaft will Kriegsmann d. l. f. nach dem Vorbilde von Belgien und Italien obligatorisch machen, gleichgültig, ob sie vom Verurteilten schuldhaft oder unverschuldet herbeigeführt war. Die Beschränkung der obligatorischen Anrechnung auf die unverschuldete Haft (Norwegen) eröffne dem richterlichen Ermessen einen zu weiten Spielraum, stehe auch im Widerspruch mit dem nichtpönalen Charakter der Untersuchungshaft. In zweiter Linie — für den Fall der Nichtanrechnung verschuldeter Haft — empfiehlt K., wie nach dem französischen Gesetz vom 15. XI. 1892, die Nichtanrechnung nur dann eintreten zu lassen, wenn die Anrechnung im Urteil ausdrücklich ausgeschlossen ist. Es ist zuzugeben, daß die nach geltendem deutschen Recht notwendige ausdrückliche Anrechnung der Untersuchungshaft zu übereilter Nichtanrechnung führen kann. Jedenfalls soll die in § 482 StPO. auf den Fall des Rechtsmittelverzichts beschränkte Anrechnung der nach der Urteilsverkündung erlittenen Haft allgemein Platz greifen. Der Ausführung des Verf., es müsse mit der Auffassung gebrochen werden, daß der Angeklagte mit der Einlegung eines erfolglosen Rechtsmittels den Beginn der Vollstreckung verzögere, wird man nur beitreten können. Die Anrechnung der Untersuchungshaft darf keine Prämie für die Nichtanrufung der jedem Staatsbürger offenstehenden Rechtsmittelinstanz sein. Zum mindesten wird schon die Nichteinlegung eines Rechtsmittels und nicht nur, wie gegenwärtig, der ausdrückliche Verzicht die Anrechnung rechtfertigen müssen. Trägt man mit dem Verf. dem Wertverhältnis zwischen Untersuchungs- und Strafhaft in der Weise Rechnung, daß man die mit Arbeitszwang verbundene Strafhaft zur arbeitsfreien Untersuchungshaft in ein angemessenes Verhältnis (etwa 3 : 2) setzt, so wird auch das Bedenken gegen die obligatorische Anrechnung der Untersuchungshaft schwinden, daß sie böswilliger Prozeßverschleppung Vorschub leisten würde.

Die Heimat der modernen unbestimmten Verurteilung ist Amerika. Freudenthal weist aber einen geschichtlichen Zusammenhang der neuen amerikanischen Entwicklung mit der älteren deutschen Verwahrung auf unbestimmte Zeit nach, die als Sicherheitsnachhaft, aber auch als primäre Strafe auftrat (z. B. im friderizianischen Preußen, in

Bayern und Oldenburg zu Anfang des 19. Jahrhunderts) und schließlich am Mangel geeigneter Besserungsanstalten einging. In Deutschland hat man sich bisher vorwiegend mit dem unbestimmten Strafurteil als Mittel der Unschädlichmachung gemeingefährlicher und rückfälliger Gewohnheitsverbrecher (JKV. und der 28. Deutsche Juristentag) befaßt. Der Verf. führt grundsätzlich aus, daß die Unschädlichmachung mit der Unbestimmtheit der Strafzeit nichts zu tun habe, sondern ebenso wie die Abschreckung der Allgemeinheit nur ein sekundäres Ziel sei neben dem in erster Linie in Betracht kommenden und auch von den 17 amerikanischen Staaten, welche die indeterminate sentences kennen, in den Vordergrund gestellten Zweck der bürgerlichen (nicht notwendig moralischen) Besserung. Vor allem wendet sich daher die unbestimmte Verurteilung den Jugendlichen zu. Anknüpfend an den entsprechenden Vorschlag der Schweizer Entwürfe will Freudenthal im einzelnen Falle den Richter entscheiden lassen, ob er die Voraussetzungen für unbestimmte Verurteilung, nämlich Besserungsbedürftigkeit und Besserungsfähigkeit des jugendlichen Täters, als gegeben und nach der Gesamtsachlage nicht Fürsorgeerziehung, sondern Überweisung an das Jugendgefängnis mit strengerem Erziehungssysteme für geboten ansieht. Neben den Jugendlichen kommen als Objekt der unbestimmten Verurteilung in Frage die Gewohnheitsverbrecher. Während hinsichtlich der Jugendlichen Einigkeit darüber herrscht, daß der Vergeltungszweck der Strafe hinter dem Besserungszweck zurücktritt, machen die Vergeltungstheoretiker gegen die unbestimmte Verurteilung der erwachsenen Gewohnheitsverbrecher Front hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Strafe ein Übel für begangenes Unrecht sein solle, während bei der unbestimmten Verurteilung das Maß der Strafe von Umständen abhängig gemacht werde, die nach dem Zeitpunkt der Verbrechensbegehung in der Führung innerhalb der Strafanstalt gelegen seien (Kahl). Hiergegen wendet sich Freudenthal mit dem Hinweis darauf, daß dasselbe bei der — als Ansatz im geltenden Recht zur u. V. überhaupt in Betracht kommenden — vorläufigen Entlassung der Fall sei, daß ferner gerade die für die Vergeltungsstrafe ins Gewicht fallenden Faktoren der sittlichen Schuld des Delinquenten sämtlich nicht schon in der Hauptverhandlung, sondern erst im Strafvollzuge ermittelt werden könnten; endlich zeige das Beispiel Amerikas, daß das, was im Wege der u. V. als Besserungsstrafe über den Täter verhängt werde, im Volke zugleich für gerechte Vergeltung gehalten werde und auf die Allgemeinheit sogar besonders abschreckend wirke. Um aber den Bedenken der Vergeltungstheorie Rechnung zu tragen, empfiehlt der Verf. für gemeingefährliche und rückfällige Gewohnheitsverbrecher — im Anschluß an den Vorschlag des 28. D. JT. — nicht von vornherein Verurteilung zu Strafe von unbestimmter Dauer, sondern zunächst Festsetzung einer bestimmten Strafe, neben welcher der Richter weiter eine Nachhaft von unbestimmter Dauer für zulässig erklären kann. Ebenso wie wir bei Besprechung der Kahl'schen Vorschläge über die Unterbringung gemeingefährlicher, vermindert Zurechnungsfähiger[1]) keinen vernünftigen Grund einsehen konnten, der Unterbringung noch Strafe voraufgehen zu lassen, scheint uns auch hier der Kompromißzweck Freudenthals die Strafe außer der Verwahrung nicht genügend zu rechtfertigen. Dasselbe gilt von dem vom Verf. weiter angeführten praktischen Grund, daß die Zeit des Vollzuges der Strafe die Entscheidung vor-

[1]) Vgl. Bericht VII Jahrg. 56, 3/4 Heft, S. 199.

zubereiten habe, ob eine unbestimmte Nachhaft am Platze ist. Denn warum soll nicht die als Strafzeit gedachte Zeit in den nunmehr zu erörternden, der u. V. wesentlichen Formen des progressiven Strafvollzuges vollstreckt werden, während dessen sich ebenso gut ein Urteil darüber bilden läßt, wielange noch der Verurteilte in der Anstalt zurückzubehalten ist?! Ob der Täter ein gemeingefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, das weiß der Richter sofort; und daß für einen solchen die u. V. mit progressivem, ihn allmählich zur Arbeitsamkeit und zum redlichen Leben in der Freiheit erziehenden Strafvollzug (Klassensystem) mit dem Schlußstein der vorläufigen Entlassung das richtigere ist als die Vollstreckung einer von vornherein fest bestimmten Strafe, sollte für alle, die die Ohnmacht unseres Strafvollzuges gegenüber den mehrfach Rückfälligen kennen, nicht zweifelhaft sein! Das gar nicht hoch genug einzuschätzende moralische Moment der u. V. liegt darin, daß der Verurteilte weiß, er kann aus eigener Kraft seine Strafzeit abkürzen. Bei den Gewohnheitsverbrechern tritt die Erziehung durch Arbeit zur Arbeit unter Bekämpfung besonderer lasterhafter Neigungen in den Vordergrund, die Hebung ihrer Allgemeinbildung im Vergleich mit den Jugendlichen entsprechend zurück. Was die höchstzulässige Zeit der Zurückhaltung in der Anstalt betrifft, so teilt F. die interessante Tatsache mit, daß kein einziger amerikanischer Staat das absolut unbestimmte Strafurteil kennt. Alle auf die Erfahrung, daß je höher das gesetzliche Maximum der Einsperrung, desto größer das Interesse des Gefangenen an der Erreichung vorläufiger Entlassung ist, gegründeten Forderungen absolut unbestimmter Strafurteile sind an dem Bedenken der Gefährdung der individuellen Freiheit in Amerika gescheitert. Sehr richtig bemerkt F. hierzu: Wie manches Institut, das sich bewährt hat, würde Bedenken unterliegen, sobald man es „in konsequenter Durchführung der Grundidee" auf die Spitze triebe. Das Maximum der relativ unbestimmten Strafzeit soll nach des Verf. Vorschlag der Gesetzgeber, nicht außerdem der Richter im Einzelfalle, festsetzen. Der Druck, den das Höchstmaß insbesondere auf den jugendlichen Verbrecher im Sinne der Besserung auszuüben bestimmt ist, soll hierbei nicht durch Ansetzung einer zu niedrigen Höchstgrenze unwirksam gemacht werden. Der Verf. hält unter diesem Gesichtspunkt für Jugendliche ein Höchstmaß von 3 bis 10 Jahren für angemessen. Das Minimum werde schon dadurch bedingt, daß es zum Durchlaufen des in der Anstalt durchgeführten progressiven Strafvollzuges ausreichen müsse; oder aber der Gesetzgeber habe ein allgemeines Mindestmaß von 1 Jahr zu bestimmen. Die in einzelnen nordamerikanischen Staaten bestehende Kombination von richterlichem Maximum und Minimum lehnt F. ab, da sie bei geringer Differenz von Maximum und Minimum wieder zu den bestimmten Urteilen zurückführe. Das von der Vergeltungstheorie vorgeführte Gespenst der über die Strafdauer entscheidenden Willkür der Verwaltung verscheucht der Verf. durch den Hinweis, daß in Amerika über den Zeitpunkt der vorläufigen Entlassung des auf unbestimmte Zeit internierten kein Verwaltungsbeamter, sondern das „Entlassungsamt", ein aus achtbaren Bürgern verschiedener Berufskreise, hier und da auch dem Anstaltsdirektor, bestehendes Kollegium, entscheidet. Auch für uns schlägt F. ein Kollegium aus achtbaren Bürgern und zwar unter dem Vorsitz eines Richters vor, als Garantie gegen den Mißbrauch der Entlassungsgewalt ferner die Vorschrift, daß der Gefangene binnen gewisser Frist vor das Amt gestellt werden muß.

Es ist die Frage, ob gegenüber den Freudenthal'schen Vorschlägen unbestimmter Verurteilung der Gewohnheitsverbrecher mit progressivem Strafvollzug die von Mittermaier für die Behandlung der sogenannten unverbesserlichen Verbrecher gemachten selbstständige Bedeutung beanspruchen können; denn während sie für die sich an die Strafe anschließende, gleichfalls mit Arbeitszwang verbundene Verwahrung dieser Personenkategorie auf 5 bis 20 Jahre (auch hier bleibt die Notwendigkeit der Strafe vor der weit einschneidenderen Maßregel der Verwahrung zu beweisen!) die Möglichkeit vorläufiger Entlassung vorsehen, verzichten sie ganz auf das wertvolle erzieherische Moment des progressiven Strafvollzugs. Freilich soll ja diesen Delinquenten gegenüber das erzieherische Moment gar nicht in Frage kommen. Aber warum dann die doch Besserungsmöglichkeit voraussetzende vorläufige Entlassung, die der Verf. bereits nach drei Jahren in Betracht zieht? ! Er ist sich eben bewußt, wie schwer und verantwortungsvoll die richterliche Prognose ist: Der Angeklagte gehört in die Kategorie derjenigen „volljährigen Zurechnungsfähigen, die nach ihrem Charakter erwarten lassen, daß sie sich nicht in die Strafrechtsordnung einfügen werden, sei es infolge psychischer Schwäche (liegt dann noch volle und nicht vielmehr geminderte Zurechnungsfähigkeit vor?) sei es aus beabsichtigter Rechtsverachtung." Mittermaier, der bei seinen Vorschlägen selbst nur die gefährlichen Unverbesserlichen d. h. diejenigen, von denen man sich andauernd neuer erheblicher Straftaten versehen kann, im Auge hat, glaubt äußere Kriterien der Unverbesserlichkeit darin zu finden, daß der Täter sich bereits dreier selbständiger Verbrechen oder Vergehen schuldig gemacht hat, die auf eine erklärte Feindschaft gegenüber der Rechtsordnung hindeuten; daß der Täter dieserhalb bestraft ist, setzt er nicht einmal voraus. Die Tatsache der Verbüßung dreier Vorstrafen wegen Verbrechen und Vergehen soll den Richter verpflichten, sich im Tenor des Urteils ausdrücklich über die Frage der Anordnung langdauernder Verwahrung auszusprechen. Wir glauben nicht, daß die von M. E. Mayer mit Recht verneinte gesetzgeberische Brauchbarkeit des Begriffs der Unverbesserlichkeit durch die Vorschläge Mittermaier's erhöht ist, wenn dem Verf. auch das Verdienst der theoretischen Klärung des Begriffs nicht abzusprechen ist! Im übrigen können wir die Bemerkung nicht unterdrücken, daß es bei dem engen Zusammenhang und den fließenden Grenzen aller dieser Materien wohl ersprießlicher gewesen wäre, wenn die rechtsvergleichende Behandlung der Rückfälligen, der vermindert Zurechnungsfähigen, der sogen. Unverbesserlichen und auch der unbestimmten Strafurteile in einer Hand vereinigt worden wäre, eine Arbeitsleistung, die freilich die Kräfte eines einzelnen wohl überstiegen hätte.

von Hippel will in seiner breit angelegten und den Streit der Meinungen klar und erschöpfend vortragenden Erörterung „Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum" es d. l. f. bei der Zweiteilung der Schuldformen bewenden lassen. Die von mancher Seite (Löffler, Miricka) empfohlene Dreiteilung d. h. die Vermehrung der Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit um die der „Wissentlichkeit" verwirft der Verf. wesentlich deshalb, weil eine grundsätzliche Bestrafung der „bewußten Fahrlässigkeit" für ihn ein „abschreckendes Zukunftsbild" bedeutet. Auch wir begnügen uns d. l. f. mit der alten Zweiteilung, gehen aber theoretisch im Gegensatz zur herrschenden Meinung davon aus, daß der Vorsatz die bewußte Fahrlässigkeit mitumfaßt (so auch das italienische StGB.) Praktisch

stehen wir auf dem Standpunkt, daß überall da, wo sowohl die vorsätzliche als die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist — und diese Fälle sind hauptsächlich der Tummelplatz des Streites der Willens- und der Vorstellungstheorie — die Bestrafung des Bewußtseins der Gefahr des verletzenden Erfolges als Vorsatz, zumal bei einer künftig zu fordernden noch größeren Annäherung der Strafrahmen für vorsätzliche und fahrlässige Begehung aneinander, keinen wesentlichen Unterschied von der Bestrafung als Fahrlässigkeit begründen würde, daß dagegen bei einer Reihe von Delikten (z. B. § 176 Ziff 3 StGB.) die Bestrafung der bewußten Fahrlässigkeit, desgleichen die Neuschaffung von Gefährdungsdelikten (z. B. bezügl. des Lebens wie im Schweizer Entwurf) einem Bedürfnis im Rechtsleben entsprechen würde, (so auch Miricka). Dies ist uns viel wichtiger als der von v. Hippel in den Vordergrund gerückte terminologisch-dogmatische Streit, der übrigens keineswegs, wie der Verf. meint, aufhören würde, wenn der Gesetzgeber, was u. E. überflüssig ist, den Vorsatz definieren würde und zwar als „Wissen und Wollen der Deliktsmerkmale". Denn nach wie vor wäre es zweifelhaft, wann denn ein solches außer dem Wissen verlangtes Wollen vorliege, ob nur dann, wenn der Täter in den als möglich vorgestellten Erfolg „eingewilligt" hat (RG. im Anschluß an Frank u. a.) oder schon dann, wenn die Vorstellung von dem Bewußtsein der Gefahr des Erfolges begleitet ist (Theorie des dolus indirectus). v. Hippel erhofft weiter eine befriedigende teilweise Erledigung der „bei uns so gründlich verfahrenen" Lehre vom Rechtsirrtum durch die Aufstellung der Vorschrift, daß der Vorsatz sich grundsätzlich auf sämtliche — auch begriffliche — Tatbestandsmerkmale beziehe. Mit einer so befürworteten Berücksichtigung des Subsumtionsirrtums würde sich aber das Strafrecht u. E. selbst aufgeben. Soll der Täter wissen, daß die geschlechtlichen Handlungen, die er befördert, „Unzucht" sind, um wegen Kuppelei, soll er wissen, daß das von ihm gefälschte Schriftstück eine Urkunde im Sinne des § 267 StGB. ist, um wegen Urkundenfälschung strafbar zu sein? Vorsichtig und die Schwäche seiner Position verratend, schränkt denn auch v. Hippel jenen „Grundsatz" ein, indem er hinzufügt: „Soweit nicht in concreto etwas anderes ausdrücklich bestimmt oder nach dem Sinne einer einzelnen Vorschrift anzunehmen ist." Im großen und ganzen hat sich u. E. trotz der Schwierigkeit der Erkennbarkeit im einzelnen Falle die an den Begriff der „Tatumstände" des § 59 StGB. anknüpfende reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen unbeachtlichem strafrechtlichen und beachtlichem, dem Tatsachenirrtum gleichzustellenden außerstrafrechtlichen Irrtum bewährt. An ihr wird, ohne daß es eines Eingreifens des Gesetzgebers bedarf, in der Praxis festzuhalten sein. Auch können wir uns mit dem in keiner neueren Gesetzgebung sanktionierten Vorschlag des Verf., das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit (des ethischen Verbotenseins) der Handlung als wesentlich für den Vorsatz aufzustellen, nicht befreunden. In zweiter Linie läßt v. Hippel Fahrlässigkeit in bezug auf die Kenntnis des Verbotenseins zur Bestrafung genügen. Der Schweizer Entwurf und Norwegen scheinen uns das richtigere zu treffen, wenn sie im Rechtsirrtum nur einen Milderungsgrund erblicken. Notwendig ist auch dies nicht; am besten bleibt es bei der auch von den Niederlanden geübten Nichtberücksichtigung.

Da wir auf die gesetzliche Fixierung der Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit keinen Wert legen, bedarf es u. E. auch nicht nach dieser

Richtung einer von dem Verf. empfohlenen Definition der Fahrlässigkeit. Dagegen wäre auch uns erwünscht, wenn das Verhältnis des subjektiven und objektiven Maßstabes („die im Verkehr erforderliche Sorgfalt") für die F. irgendwie zum Ausdruck gebracht würde. Der Bestrafung fahrlässiger Handlungen ohne Rücksicht auf den Eintritt eines verletzenden Erfolges redet v. Hippel trotz gleicher Schuld nicht das Wort. Der Rechtsgüterschutz sei in den Fällen erfolgloser F. nicht praktisch unentbehrlich und würde sogar die bürgerliche Freiheit ernstlich gefährden. Dem ist beizustimmen. Auch künftig soll die Bestrafung der F. die Ausnahme sein; dies ist aber mehr eine Frage des besonderen Teils. Allgemein ist beachtenswert der einer französischen Feder entflossene Vorschlag leichterer Formen der Freiheitsstrafe, falls diese überhaupt verhängt wird. Allerdings darf auch hierbei der sich aus der Feinheit der Übergänge ergebende Gesichtspunkt eines Ineinandergreifens der Strafrahmen für die vorsätzliche und fahrlässige Begehung nicht außer acht bleiben.

Heimberger wirft bei der rechtsvergleichenden Erörterung rechtmäßigen und rechtswidrigen Handelns die Frage auf, ob, abgesehen von festzulegenden Einzelgründen wie Notwehr, Notstand, Einwilligung u. dgl., sich noch eine möglichst allgemein gehaltene Bestimmung über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit empfehle. Er verneint sie mit Recht und bezeichnet alle entsprechenden Vorschriften im ausländischen Recht, etwa dahingehend, daß nur unbefugtes Handeln strafbar mache usf., als selbstverständlich und daher überflüssig. Ebenso bedürfe die Rechtswidrigkeit als selbstverständliches Merkmal jedes Verbrechensbegriffs nicht bei einzelnen Delikten besonderer Erwähnung. Eine allgemeingültige, alle Zweifelsfragen lösende Abgrenzung rechtmäßigen und rechtswidrigen Handelns glauben einige gefunden zu haben. v. Liszt, Binding, Graf zu Dohna vertreten nämlich den Grundsatz, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung entfalle, wenn sie das richtige (angemessene) Mittel zur Erreichung eines vom Gesetzgeber als richtig (berechtigt) anerkannten Zweckes bezw. wenn sie zur Erreichung eines rechtlich anerkannten Zwecks notwendig ist. Der Däne Torp lehrt, daß über die Rechtmäßigkeit der Handlung das auf den Erfahrungen des Lebens gegründete allgemeine (vernünftige) Urteil entscheide, ob sich die Handlung unter Berücksichtigung sämtlicher, bei deren Vornahme vorliegender Umstände als angemessen (objektiv vernünftig) erweise. Richtig bemerkt Heimberger, daß dieser recht vage, ebenso wie jener in der deutschen Literatur vertretene, bedenklich an den Grundsatz „Der Zweck heiligt das Mittel" streifende Satz zur gesetzlichen Formulierung noch nicht reif sei. In vielen Fällen ergäben sich bei Anwendung der Sätze befriedigende Ergebnisse, es lasse sich aber gar nicht übersehen, was alles aus ihrem Gedanken heraus als rechtmäßig anerkannt werden müßte. Sicher ist andererseits, daß eine Verklausulierung des Satzes vom richtigen Mittel zum richtigen Zweck, die einer schrankenlosen Anwendung des Satzes entgegenwirken-sollte, ihn wieder so einengen müßte, daß ihm eine allgemeine Bedeutung kaum mehr bliebe. So bleibt dem Gesetzgeber nur übrig, zu bestimmen, aus welchen Einzelgründen die Rechtswidrigkeit eines an sich verbrecherischen Tatbestandes ausgeschlossen sein soll. Daß dies im neuen StGB. erschöpfender zu geschehen hat als im alten, erscheint dem Verf. nicht zweifelhaft; er empfiehlt hierbei jeweils ausdrückliche Hervorhebung, ob ein bloßer Strafausschließungsgrund oder ein Unrechts- oder Schuldausschließungsgrund vorliegt. Im einzelnen behandelt Heimberger

selbst „Berufsrechte und verwandte Fälle", erstere in Beschränkung auf außeramtliche (private) Berufe, mit dem Ergebnis, daß weder die deutsche noch die ausländische Literatur irgendwie zureichende Gründe für das Bestehen eines „Berufsrechtes" erbracht hat. Zutreffend wird die Unhaltbarkeit insbesondere des „ärztlichen Berufsrechts" aus der unerträglichen Konsequenz abgeleitet, daß jeder, der nicht Arzt von Beruf ist, dem Strafrichter verfallen müßte, wenn er einen Eingriff zu Heilzwecken auch noch so geschickt und noch so erfolgreich vornähme. Von Interesse ist, daß das Ausland im ganzen an den in Deutschland lebhaft erörterten Streitfragen über die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs und ihre Begründung ziemlich teilnahmslos vorübergegangen ist und ihre Lösung für ganz selbstverständlich gehalten hat. Heimberger gibt die hierzu gemachten Vorschläge der preußischen Ärztekammern ausführlich wieder. Er hält sie in ihrem Kern für berechtigt, soweit sie den sachgemäßen Eingriff zu Heilzwecken auch dann aus dem Gebiet der Körperverletzung weisen, wenn er ohne oder gegen den Willen des Kranken vorgenommen wird, und soweit sie dagegen den in bewußtem Widerspruch mit dem Willen des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters vorgenommenen, wenn auch sachgemäßen Eingriff als Vergehen gegen die persönliche Freiheit ansehen. Bedenken erhebt der Verf. zunächst gegen die von allen Ärztekammern mit einer Ausnahme geforderte Bevorrechtung der approbierten Ärzte; er führt aus, daß die Approbation an der tatsächlichen wie rechtlichen Bewertung des ärztlichen Eingriffs nichts ändern könne, und daß das Kurpfuschertum nicht damit bekämpft werden dürfe, daß man den Kurpfuscher grundsätzlich auch dort wegen Körperverletzung strafe, wo er das Gegenteil derselben, eine Heilung, herbeigeführt habe. Weiter bekämpft H. die von den Ärztekammern (ebenso wie im englischen Entwurf von 1879) aufgestellte Forderung der gänzlichen Straflosigkeit (also auch unter dem Gesichtspunkt des Vergehens gegen die persönliche Freiheit) des, wenn auch gegen den Willen des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters erfolgenden Eingriffs, der zur Rettung des Kranken aus einer gegenwärtigen, auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder (und) Leben bestimmt ist. Der Verf. will den Grundsatz des Rechts freier Selbstbestimmung über den Körper nicht preisgeben. Bei der Dehnbarkeit des Begriffs der gegenwärtigen Gesundheitsgefährdung und der hierdurch ermöglichten rettungslosen Auslieferung jedes Menschen an jeden beliebigen approbierten Arzt muß dem Verf. unbedingt beigepflichtet werden. Auch darin, daß die bestehenden Strafbestimmungen gegen Nötigung und Freiheitsberaubung — der Begriff der körperlichen Mißhandlung scheidet nach seiner geschichtlichen Entwicklung und der allgemeinen natürlichen Auffassung aus — nicht ausreichen, eigenmächtige ärztliche Behandlung zu treffen. Heimberger (im Anschluß an Stooß, v. Lilienthal, Hamm, Zitelmann) schlägt eine neue Strafvorschrift als lex specialis vor gegen denjenigen, der eine ärztliche Behandlung an einem anderen in bewußtem Widerspruch mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Behandelten (der Selbstmörder hat keinen freien, beachtenswerten Willen) vornimmt.[2]) Der Wille des gesetzlichen Vertreters ist entscheidend, wenn nicht der Vertretene selbst die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche

[2]) Im Ergebnis ebenso Löffler; vgl. Bericht II, Archiv Jahrg. 53, Heft 4/5, S. 314.

Einsicht besitzt. Die Verfolgung soll nur auf Antrag eintreten, dessen es aber nicht bedarf, wenn der Behandelte infolge der Behandlung gestorben oder in Geisteskrankheit verfallen ist.

In einem Falle geschieht der operative ärztliche Eingriff ausnahmsweise nicht zum Zwecke der Heilung desjenigen, in dessen körperliche Integrität eingegriffen wird, sondern eines anderen, nämlich im Falle der Entnahme von Hautstückchen zum Zwecke der Transplantation. Hier handelt es sich daher um eine richtige Körperverletzung, die allein durch die Einwilligung des Verletzten straflos wird.

Entgegen den Vorschlägen der Ärztekammern ist Heimberger mit Radbruch[3]) der Ansicht, daß die von der Praxis zwar aus dem Gesichtspunkt der Interessenkollision bereits de lege lata im Sinne der Straflosigkeit gelöste, aber im Hinblick auf die sich in katholischen Kreisen mehrenden skeptischen Stimmen auch der gesetzgeberischen Beantwortung bedürftige Frage der Erlaubtheit der Perforation und der Unterbrechung der Schwangerschaft nicht zum Gegenstand von Sonderbestimmungen zu machen, sondern im Wege einer Änderung des Notstandsparagraphen zu erledigen ist. Die von Oetker, der den Notstand ex professo rechtsvergleichend behandelt, freilich nicht befürwortete[4]) Änderung soll darin bestehen, daß die Nothilfe in weiterem Umfange, nicht bloß zu Gunsten eines Angehörigen, zuzulassen, vorausgesezt die Minderwertigkeit des verletzten im Vergleich mit dem geretteten Rechtsgut. Diese Minderwertigkeit ist bei der Perforation zweifellos auf seiten des Lebens der Frucht im Vergleich mit dem Leben der Mutter, wenn anders man nicht mit dem RG. in der Leibesfrucht von dem Augenblick an, in welchem die Wehen beginnen, einen Menschen, an welchem die Verbrechen nach § 211 ff. begangen werden können, sieht. Im Interesse des Schutzes der Mutter empfiehlt daher Heimberger die von v. Liszt[5]) nicht für nötig erachtete gesetzliche Abgrenzung von Frucht- und Menschenleben in der Weise, daß zum Beginn der Menschwerdung der Austritt des Kopfes gehört. Nur die Perforation soll in den fraglichen Notstandsfällen zur Rettung der Mutter erlaubt sein, nicht auch, wie Radbruch will, der Kaiserschnitt; denn, so führt H. aus, die Schwangere sei rechtlich nicht verpflichtet, sich anstelle der zu bekämpfenden, von der Frucht her drohenden Gefahr in eine andere, nicht minder große versetzen zu lassen. Ebenso wie die Perforation setzt auch die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Bewahrung der Schwangeren vor Lebensgefahr und Siechtum Einwilligung der Schwangeren voraus, um straflos zu sein: beide Operationen sind gleichzeitig Eingriffe an der Schwangeren.

Wie wir sahen, soll der ärztliche Eingriff nicht nur bei wirklicher, sondern auch bei mutmaßlicher Einwilligung der Kranken straflos sein. Diese Straflosigkeit auf Grund mutmaßlicher Einwilligung ordnet sich für Heimberger ein in den umfassenderen Gedanken strafloser Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des anderen und entsprechend seinem mutmaßlichen Willen. Sie liegt z. B. vor, wenn jemand einen anderen, der am Ertrinken und schon bewußtlos ist, um ihn zu retten, mit einem Haken aus dem Wasser zieht, wobei es nicht ohne

---

3) Vgl. Bericht I, Archiv Jahrg. 53, Heft 1/2, S. 109.
4) Vgl. Bericht VII, Archiv Jahrg. 56, Heft 3/4, S. 206.
5) Vgl. Bericht I, Archiv Jahrg. 53, Heft 1/2, S. 107.

Verletzungen abgeht; auch wenn jemand den sich roh und unflätig auf der Straße benehmenden Knaben züchtigt im Einklang mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Erziehungsberechtigten. In denjenigen Fällen, in denen das Interesse des anderen wahrgenommen wird, genügt zweifellos die begründete Annahme der Einwilligung zur Begründung der Straflosigkeit: wie die Nichtkenntnis eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals den Vorsatz ausschließt, so tut dies auch die Annahme des Vorhandenseins eines Strafausschließungsgrundes. Dies steht bereits de lege lata fest (z. B. im Fall der Putativnotwehr). Es bedarf daher nicht der Heranziehung des Gesichtspunkts einer negotiorum gestio. Andererseits reicht letzterer nicht in jedem Falle der Züchtigung eines ungebührlichen Unerwachsenen aus. Mit Recht weist schon Binding darauf hin, daß die Eltern oft noch viel schlechter als die Kinder sind, mithin das Züchtigungsrecht Dritter nicht auf die vermutete elterliche Einwilligung gegründet werden könne; Binding geht daher so weit, in dem Züchtiger einen negotiorum gestor der Gesellschaft gegenüber der zuchtlosen Jugend zu sehen. Hiermit ist der juristische Begriff der neg. gestio in einem ethisch-sozialen untergegangen. Besser wird hier die Straflosigkeit aus der Provokation durch ungebührliches Benehmen[6]) abgeleitet. Eine gesetzliche Festlegung des Maßes der Züchtigung zu Erziehungszwecken hält Heimberger im übrigen im Gegensatz zu Löffler[7]) nicht für notwendig, ebenso nicht den von diesem Autor empfohlenen nordamerikanischen Kinderschutzparagraphen. In ersterer Beziehung können wir Heimberger beistimmen; die reichsgerichtliche Praxis macht ausdrückliche Bestimmungen entbehrlich. Bezüglich des Kinderschutzes sind wir der Ansicht Löffler's: Es bedarf der gesetzlichen Hervorhebung des Kindes als Objekt körperlicher Mißhandlung, um weiterer Verrohung auf diesem Gebiet Einhalt zu tun.

Von allen Seiten anerkannt ist, daß der Leitgedanke der Reform des Strafensystems sein muß: stärkere Berücksichtigung des Besserungs- und Sicherungsgedankens und zielbewußter Ausbau der Besserungs- und Sicherungsmaßregeln. Von der hohen Bedeutung des Gesichtspunktes der Sicherung insbesondere ausgehend, glaubt Goldschmidt in seiner rechtsvergleichenden Darstellung der Strafen und verwandten Maßregeln nicht, daß die Todesstrafe bei der Reform das Feld räumen werde. Nur Einschränkungen ihrer Anwendung gibt er anheim, namentlich die Heraufsetzung der Zulässigkeitsgrenze auf die Vollendung des 21. Lebensjahres zur Zeit der Tat (neues russisches, bulgarisches StGB.), ferner den Ausschluß der Todesstrafe gegen vermindert Zurechnungsfähige (dänisches, schwedisches StGB.), gegen zur Zeit der Vollstreckung 70 Jahre Alte und gegen Frauen (u. a. neues russisches StGB.) Bedenklich erscheint die Privilegierung des weiblichen Geschlechts, das, wie die Kriminalgeschichte zeigt, gerade der abscheulichsten Verbrechen fähig ist. Die weitere Anregung, nach Ablauf von ⅔ der Verjährungsfrist die Todesstrafe für unzulässig zu erklären, begegnet sich mit dem entsprechenden Strafmilderungs-Vorschlag Loening's für alle Delikte.[8]) Vor allem aber will der Verf. die absolute Androhung der Todesstrafe aufgegeben und alternativ oder bei mildernden Umständen

---

[6]) Vgl. Bericht VII, Archiv Jahrg. 56, Heft 3/4, S. 207.
[7]) Vergl. Bericht II, Archiv Jahrg. 53, Heft 4/5, S. 313.
[8]) Vergl. Bericht VII. Jahrg. 56, Heft 3/4, S. 203.

Freiheitsstrafe zugelassen wissen. Praktisch würde dies höchstwahrscheinlich auf ein allmähliches gänzliches Verschwinden der Kapitalstrafe hinauslaufen.

Was die Freiheitsstrafen betrifft, so lehnt der Verf. zunächst die Einführung der Deportation ab, da die Erfahrungen der zur Zeit deportierenden Länder (Frankreich, Rußland, nicht mehr England) und demgemäß auch die politischen Chancen des Instituts bei uns keine günstigen seien. Zwei Forderungen habe aber die Deportationsbewegung als unbedingt zu erfüllende gezeitigt: Ersatz der Innenarbeit bei langzeitiger Freiheitsstrafe durch Arbeit im Freien, namentlich Arbeiten der Landeskultur, und die staatliche Beförderung freiwilliger Auswanderung Strafentlassener nach den Kolonien.

Als eine brennende kriminalpolitische Tagesforderung bezeichnet Goldschmidt die Aufnahme des Arbeitshauses für Bettler, Landstreicher usw., das bei uns nur in der Form der korrektionellen Nachhaft besteht, als Freiheitshauptstrafe, eine Forderung, die G. selbst aber zurückweist. Er geht nämlich davon aus, daß die „Zweispurigkeit" von Strafe und sichernder Maßnahme im künftigen StGB. bestehen bleiben wird. Dann stellt sich aber das d. l. f. nicht auf Bettler und Landstreicher zu beschränkende, sondern mit dem Schweizer Entwurfe auf alle diejenigen, die sonstige auf Liederlichkeit oder Arbeitsscheu zurückführende Delikte begangen haben, auszudehnende Arbeitshaus nicht als Strafe dar, die ihrem Wesen nach an einen einzelnen Verbrechenstatbestand geknüpft und in erster Linie ein generalprävenierendes, generell gleich wirkendes Übel ist, sondern als spezialprävenierende Maßregel, die nicht an einen bestimmten Tatbestand, sondern an einen gemeinfährlichen Zustand sich anschließt. Goldschmidt erkennt aber anderseits an, daß in den sichernden Maßnahmen im allgemeinen und im Arbeitshaus im besonderen genügende vergeltende und generalprävenierende Elemente stecken. Dies führt ihn zu der praktisch durchaus zu billigenden Forderung, daß wenn der Richter die Sicherungsmaßnahme des Arbeitshauses anordnet, von vorgängiger Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in jedem Falle abzusehen ist.

Die in ausländischen Rechten sich findenden Maßnahmen der Verstrickung, des Ortsverbots, des Wirtshausverbots und des Hausarrests lehnt Goldschmidt als undurchführbar ohne scharfe polizeiliche Kontrolle in Gestalt von Freiheitshauptstrafen ab; das Wirtshausverbot emfiehlt er unter Umständen als integrierenden Bestandteil der Schutzaufsicht über Jugendliche, bedingt Verurteilte und vorläufig oder endgültig Entlassene. Die Anhaltung zur Arbeit ohne Einsperrung will der Verf. nur als Ersatzmittel nicht beitreibbarer Geldstrafe gelten lassen. Im übrigen erachtet er für den zu erhoffenden Fall der Einführung der bedingten Verurteilung und der Ausdehnung des Gebietes der Geldstrafe die Frage des Ersatzes der kurzzeitigen Freiheitsstrafe durch die obgedachten Maßregeln als gegenstandslos. Nicht eine Vermehrung, sondern eine Verminderung der Freiheitsstrafarten strebt der Verf. an. Und zwar soll die Haft des geltenden Rechts, also als „polizeiliche Gefängnisstrafe", fortfallen. Die geschärfte Haft des § 362 StGB. sei durch die zweckmäßig ausgestaltete Gefängnisstrafe zu ersetzen, soweit nicht die Personenkategorien aus § 361 Nr. 3—8 künftig dem Arbeitshause verfallen. Die einfache Haft, die schon heute in der Hauptsache die Strafe für Übertretungen ist, würde von selbst aus dem Strafensystem des StGB.

ausscheiden, wenn die von Goldschmidt (ebenso der 26 D. J. T. und Kahl) geforderte Trennung der Polizeidelikte als Verwaltungsdelikte von dem Kriminalunrecht Gesetz würde. Aber auch im anderen Falle könne die Haft ohne Not entbehrt und ohne Bedenken an ihrer Stelle überall Gefängnis angeordnet werden, zumal wenn daneben die vom Verf. vorgeschlagene neue Haft (custodia honesta) zur Wahl gestellt werde. Einer solchen custodia honesta kann nämlich nach des Verf. Ansicht auch das künftige Freiheitsstrafensystem nicht entraten, freilich soll sie nicht die Form der heutigen Festungshaft an sich tragen. Das Anwendungsgebiet der neuen, stets wahlweise mit der gemeinen Freiheitsstrafe anzudrohenden c. h. soll zunächst das der heutigen Festungshaft sein, außerdem die Fälle aller spezifisch preßrechtlichen Verantwortlichkeit, ferner die Delikte aus § 113, 123, 128, 129, 110, 130 u. a. umfassen. Dem Vorschlag van Calker's (s. oben), allgemein den Richter zu ermächtigen, bei jedem nur mit gemeiner Freiheitsstrafe bedrohten Delikt an deren Stelle c. h. von gleicher Dauer treten zu lassen wenn die Handlung keiner ehrlosen Gesinnung entsprungen ist, tritt G. nicht bei: Der Vorschlag schieße über das Ziel hinaus; denn die Ehrenhaftigkeit oder Ehrlosigkeit der Gesinnung sei nicht der einzige Maßstab für die Strafzumessung, er müsse da weichen, wo die Schwere des begangenen Verbrechens an sich unser Werturteil bereits ausschlaggebend beeinflußt habe (so auch v. Liszt). Dagegen befürwortet auch G. eine den § 20 StGB ausbauende Vorschrift dahin, daß in allen Fällen alternativer Androhung von gemeiner Freiheitsstrafe und c. h. die ethische Qualität der Gesinnung entscheidend sein soll. Nicht ganz konsequent will G. daneben noch im Allgemeinen Teil die Vorschrift zulassen, daß, auch wo im besonderen Teile c. h. nicht zur Wahl gestellt sei, statt verwirkter Gefängnis- (also nicht Zuchthaus-)Strafe darauf erkannt werden kann, sofern besondere Umstände auf nicht ehrlose Gesinnung deuten. Andererseits soll trotz festgestellter ehrenhafter Gesinnung der Richter bei wahlweiser Androhung von Gefängnis und c. h. auf Gefängnis erkennen können, wenn der Täter bereits innerhalb der Verjährungsfrist c. h. erstanden, mithin die Rücksicht auf die ethische Qualität seiner Gesinnung dem Staat mit weiterer Betätigung antisozialer Gesinnung gelohnt hat. Die Dauer der c. h. soll Lebenslänglichkeit als mit einer milderen Strafart nicht verträglich nicht erreichen; das Maximum sei auf 10 (ausnahmsweise auf 15) Jahre, bei alternativer Androhung mit Gefängnis auf dessen Höchstmaß von 2 Jahren, das Minimum auf 1 Tag festzusetzen. Als Name der neuen an Stelle der Festungshaft tretenden c. h. schlägt G. „Haft" oder, zur Vermeidung der Verwechslung mit der heutigen Haft, „Einschließung" (vgl. die französische détention und die italienische detenzione) vor. Ihr Vollzug soll ernster gestaltet werden wie der der Festungshaft des geltenden Rechts: Verbüßungsort sei eine besondere Anstalt, ausnahmsweise, bei kurzzeitigen Einschließungsstrafen, auch eine besondere Abteilung des gewöhnlichen Gefängnisses; Arbeitszwang soll auch hier gelten, jedoch mit kürzer zu bemessener Arbeitszeit ohne Pensen und der Maßgabe, daß, wer die Kosten des Strafvollzuges zu tragen vermag, andere Personen, soweit sie ein berechtigtes Interesse dartun, sich selbst beschäftigen können. Den Unterschied des geltenden Rechts zwischen Gefängnis und Zuchthaus will Verf. noch vertieft wissen. Beider Strafarten Anwendungsgebiet lediglich nach dem Gesichtspunkt der Intensität der antisozialen Gesinnung abzugrenzen (v. Sichart will das Zuchthaus für vielfach Rückfällige reservieren) lehnt G. ab: Dies hieße die Ver-

geltungs- oder Genralpräventionsidee völlig an den Spezialpräventionsgedanken ausliefern. Maßgebend sei in erster Linie das soziale Werturteil über das verletzte Rechtsgut. Doch redet G. einer Bestimmung im Allgemeinen Teil das Wort, daß, wenn ein noch nicht mit Zuchthaus oder Gefängnis Bestrafter ein mit Zuchthaus bedrohtes Verbrechen begeht, auf Gefängnis zu erkennen ist, sofern nicht die Gefängnisstrafe außer allem Verhältnis zu der Schwere des begangenen Delikts stehen würde. Eine derartige Bestimmung würde sich u. E. erübrigen, wenn, wie zu erwarten, künftig Zuchthaus überall wahlweise mit Gefängnis — sei es nun coordiniert oder auf dem Umwege der „mildernden Umstände" — angedroht wird, ein Kompromiß zwischen General- und Präventionstheorie, den der Gesetzgeber nicht wird umgehen können. Wer bereits Zuchthaus erstanden hat, soll ebensowenig wie zu custodia honesta auch zu Gefängnis grundsätzlich nicht mehr verurteilt werden können. Diese radikale Forderung modifiziert G. durch die Zulassung von Gefängnis, wenn in concreto die Zuchthausstrafe außer allem Verhältnis zu der Geringfügigkeit des begangenen Delikts stehen würde. Für die Bestimmung des Maximums der Gefängnisstrafe stellt der Verf. die Grundforderung auf, daß es nicht höher sei als das Minimum der Zuchthausstrafe (so auch v. Liszt, R. Schmidt). Es ist durchaus richtig, daß diese in England, Frankreich, Belgien, Rußland u. s. w. bereits durchgeführte Forderung nur die erste Konsequenz der auf Vertiefung des Unterschieds von Gefängnis und Zuchthaus gerichteten Bestrebungen ist. Wird künftig Gefängnis in Einzelhaft, Zuchthaus nach dem Progressivsystem vollstreckt, wie der Verf. vorschlägt, würden diese Vollzugsarten überdies keine zu langen Gefängnis- und keine zu kurzen Zuchthausstrafen bedingen. G. schlägt unter dem Hinweis darauf, daß nur etwas mehr als 1% aller erkannten Gefängnisstrafen 2 Jahre und mehr betragen, vor, das reguläre Gefängnismaximum und zugleich das Zuchthausminimum auf 2 Jahre festzusetzen.

Die lebenslängliche Zuchthausstrafe will der Verf. auch de lege ferenda (mit der Möglichkeit vorläufiger Entlassung) nicht missen; sie soll auch anwendbar sein gegen Rückfall in gewohnheitsmäßige Begehung mit Zuchthaus bedrohter Verbrechen. Das Maximum der zeitigen Zuchthausstrafe soll, zumal im Hinblick auf den progressiven Vollzug, 15 Jahre bleiben. Die Ausmittelung des Minimums der Gefängnisstrafe führt mitten in den Kampf um die kurzzeitigen Freiheitsstrafen, für deren Anwendung künftig in der Hauptsache nur Gelegenheitsdelinquenten in Frage kommen werden, die nicht zu bessern, sondern nur abzuschrecken sind. Um diese Abschreckung wirksam zu gestalten, wird entweder Erhöhung des jetzt einen Tag betragenden Minimums oder Einführung von Strafschärfungen (Kostentziehung, hartes Lager u. s. w.) empfohlen. Goldschmidt entscheidet sich für die erstere Alternative. Deswegen, weil die Verschärfung der Gefängnisstrafe auf die schiefe Ebene zur Prügelstrafe führe, hauptsächlich aber aus prinzipiellen Bedenken bezüglich der praktischen Durchführung: es fehle zunächst an einwandfreien Kriterien für das richterliche Ermessen, das entscheiden müsse, wenn man nicht in Verkennung der Aufgabe der Wirksammachung kurzer Freiheitsstrafen überhaupt die Verschärfungen auf Roheits- und Sittlichkeitsdelikte beschränken wolle, und das leicht dem Odium der „Klassenjustiz" ausgesetzt sei. Ferner werde mit Recht der Einwand der Ungerechtigkeit erhoben, wenn nur die kurzzeitigen. nicht auch die langzeitigen Freiheitsstrafen ver-

schärft würden; denn „daß, mögen wir die Grenze der schärfungsfähigen kurzzeitigen Gefängnisstrafe ziehen, wo wir wollen, der vielleicht eine Tag mehr ein genügendes Äquivalent ist, wird niemand behaupten wollen.“ Andererseits verbiete sich aber die Schärfung auch der langfristigen Freiheitsstrafen aus dem Gesichtspunkt der Gesundheitsschädlichkeit zu langdauernder Schärfung und der Unwirksamkeit der Schärfung nur zu Beginn einer längeren Strafdauer. G. schlägt ein Gefängnisminimum von 2 Wochen vor; er hält diese Erhöhung schon deshalb für erforderlich, um das Gefängnis auch in seiner Dauer als die schwerere Strafe im Vergleich zu der mit ihr zur Auswahl stehenden kurzzeitigen Einschließung zu kennzeichnen. Der Gefahr der sittlichen Verschlechterung der Gefängnisstrafe soll ihr Vollzug in Einzelhaft vorbeugen, die im Ausland im ganzen absolut durchgeführt ist. Auf dem Gebiete der Zuchthausstrafe soll die Einzelhaft dagegen stark eingeschränkt werden; so werden die Zellenanstalten frei für die Vollstreckung von Gefängnisstrafen. Da die Gefängnisstrafe regelmäßig nicht bessern, sondern nur abschrecken und nicht verschlechtern soll, kommt hier ein progressiver Vollzug und die vorläufige Entlassung, abgesehen von der gegen Jugendliche auf der Grundlage des englischen Borstalsystems zu vollstreckenden bessernden Gefängnisstrafe, nicht in Frage. Beides ist aber wesentlich für die künftige Zuchthausstrafe. Über diese Vollzugsmethode der Zuchthausstrafe stellt der Verf. nahezu Einmütigkeit in der ausländischen Gesetzgebung wie in der deutschen Reformliteratur fest. Er selbst ist ein Anhänger des die Willensschwäche als Hauptquelle der Verbrechen bekämpfenden Progressivsystems auf Grund seiner Beobachtung an Ort und Stelle in England. Wesentlich ist dem progressiven Vollzug die Gemeinschaftshaft und die Arbeit im Freien. Dem Verlangen des Zuchthaussträflings nach Einzelhaft soll nur ausnahmsweise stattgegeben werden. Dem Vollzuge will G. das englische Strichsystem zugrunde gelegt wissen, das die Versetzung in eine höhere Stufe von den Arbeitsleistungen des Sträflings abhängig macht und ihm in gewissen Grenzen eine Abkürzung der Strafzeit ermöglicht. Das Betragen hat keinen positiven Einfluß; nur negativ ist es insofern von Bedeutung, als durch schlechtes Betragen Striche, die dem Sträfling auf Grund seines Fleißes gutgeschrieben waren, verwirkt werden können. Damit ist dem beliebten Einwande der Täuschung der Strafanstaltsbeamten durch die Heuchelei gewiegter Verbrecher der Boden entzogen. Das mit dem Progressivsystem zu verbindende englische Klassifikationssystem, das mit dem der sächsischen Praxis im Prinzip übereinstimmt, dient zur Absonderung der Sträflinge voneinander während der Gemeinschaftshaft und zur unterschiedlichen Gestaltung der Chancen der Versetzung auf höhere Stufen; es unterscheidet drei Klassen: die Sternklasse, welche die nach Vorleben, Charakter und Tat hierfür besonders geeigneten umfaßt, die Mittelklasse und die Rückfälligenklasse. Das mit Hilfe des Strich- und Klassifikationssystems auszubauende Progressivsystem enthält nun drei Stufen: 1. das Stadium der für die Angehörigen der drei genannten Klassen verschieden lang zu bemessenden Einzelhaft, während deren eine Arbeitsbelohnung nicht gezahlt wird, 2. das Stadium der gemeinschaftlichen Tagesarbeit (Landeskulturarbeit, ev. Industriearbeiten für die Staatsverwaltung) mit Klassenabsonderung und unter strikter nächtlicher Trennung, als der Kern der Zuchthausstrafe zu verbüßen in den eigentlichen außerhalb der Städte gelegenen Zuchthäusern, wohin der Sträfling

nach Verbüßung der Einzelhaft in den gewöhnlichen Gefängnissen zu überführen; innerhalb dieses Stadiums Aufrücken der Sträflinge nach Maßgabe der für die drei Klassen verschieden zu bemessenden verdienten Striche in die höheren Strafstufen, die durch Abzeichen an der Kleidung gekennzeichnet werden. 3. Die vorläufige Entlassung, wenn die erforderliche Strichzahl erlangt ist, in Verbindung mit Schutzaufsicht.

Vor die vorläufige Entlassung die Verbringung in die irische landwirtschaftliche Zwischenanstalt einzuschieben rät G. nicht, da die Arbeit im Freien und der freie Verkehr mit der Außenwelt schon im Rahmen der Gemeinschaftshaft in ihren letzten Stadien zu ermöglichen sei.

Auch der zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurteilte soll an den Vorteilen des Progressivsystems unter Zulassung vorläufiger Entlassung etwa nach 20 Jahren teilnehmen.

Zur Verschiedenheit der Zeitmaße und Haftsysteme fügt G. zwecks Differenzierung des Vollzugs von Gefängnis und Zuchthaus noch einige im wesentlichen an die Bundesratsgrundsätze von 1897 anknüpfende Unterscheidungsmerkmale (betr. Arbeitsbelohnung, Arbeitszeit, Art der Arbeit, Kleidung, Disziplinarmittel — Prügel verwirft er stets —, Korrespondenz, Besuche usw.). Namentlich soll Zuchthaus ipso jure totalen Ehrverlust, Gefängnis dagegen nur ausnahmsweise officio indicis den Verlust bestimmter Ehrenrechte zur Folge haben.

Die unbestimmten Strafurteile verwirft G. ohne nähere Begründung. Durch sie würde aber u. E. die Wirksamkeit des progressiven Vollzugs noch bedeutend gesteigert werden (s. oben Freudenthal's Vorschläge). Im übrigen glauben wir nicht, daß auf alle Zuchthausstrafen das Progressivsystem angewandt werden kann. Es hat nur da einen Sinn, wo der Verbrecher allmählich durch Arbeit wieder zur Arbeitslust erzogen und in seinem Willen gefestigt werden soll. Ein Sittlichkeitsverbrecher aus Leidenschaft oder ein Meineidiger ist kein taugliches Objekt für den progressiven Strafvollzug.

Die Frage, auf welche Weise der leidige Dualismus in der Strafanstaltsleitung, wie er insbesondere in Preußen und Sachsen besteht, zu beseitigen, ob durch Zentralisation beim Justizressort oder beim Ressort des Innern, beantwortet G. dahin, daß die Strafanstalten dem Ministerium des Innern zu unterstellen, aber über alle Einwendungen gegen die Art und Weise der Strafvollstreckung das Gericht, und zwar der Amtsrichter als Vollstreckungsgericht zu entscheiden habe. Hierdurch würde einerseits zum Ausdruck kommen, daß die Strafvollstreckung ein Akt der Justiz ist, daß andererseits aber der bei der Vollstreckung mitberücksichtigte Spezialpräventationszweck in den Rahmen der inneren Verwaltung fällt. Da die Spezialprävention bei den kurzen Gefängnisstrafen nicht in Frage kommt oder besser die von ihnen verfolgte Abschreckung des einelnen mit der Generalprävention zusammenfällt, würde die Belassung der amtsgerichtlichen Strafgefängnisse unter dem Justizressort kein Unglück sein.

Die die Strafvollstreckung hemmenden Umstände (§§ 487, 488 StPO.) sollen d. l. f. sie auch unterbrechen. Der herrschenden Praxis der Unterbrechung bei Krankheit im Falle der Verbringung in eine Krankenanstalt mit dem im § 493 StPO. an sich ausgeschlossenen Erfolge der Nichteinrechnung der in der Krankenanstalt verbrachten Zeit soll künftig ein Riegel vor-

geschoben werden. Es fragt sich aber, ob die Einrechnung überhaupt das richtige Prinzip ist.[9])

Die Geldstrafe, deren Anwendungsgebiet, worüber alle einig sind, zu erweitern ist, befürwortet G. als fakultative kumulative Nebenstrafe mindestens bei den erfahrungsgemäß aus Gewinnsucht begangenen Delikten. Sollte der Gesetzgeber sich nicht entschließen können, bei allen Vergehen im heutigen Sinne die Geldstrafe jedenfalls alternativ anzudrohen, so wird doch für die erste Verurteilung oder bei sonstigen mildernden Umständen der Ausschluß der Freiheitsstrafe verlangt. Im übrigen soll die Geldstrafe dem wahlweise angedrohten Gefängnis nur dann weichen, wenn sie außer allem Verhältnis zur Schwere des begangenen Delikts oder der — entgegen der Ansicht Merkel's die Geldstrafe nicht absolut ausschließenden — Ehrlosigkeit der bekundeten Gesinnung stehen würde. Dem Vorschlage Schmölder's und Goldschmidt's, von der Verhängung der Geldstrafe auch dann stets Abstand zu nehmen, wenn eine von dem Schuldigen bereits früher verwirkte Geldstrafe nicht eingebracht worden ist, können wir uns nicht anschließen, da es ungerecht erscheint, jemanden nur wegen seiner Armut ins Gefängnis zu stecken, ein Gedanke, den doch Goldschmidt selbst gegen die subsidiäre Freiheitsstrafe ins Feld führt. Bei Bemessung der Geldstrafe sollen, wie im Allgemeinen Teil vorzuschreiben, auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten berücksichtigt werden (Norwegen); die Geldstrafenmaxima seien zu erhöhen. Über die zurzeit in den Händen der Justizverwaltung liegende Zulassung von Zahlungsfristen und Teilzahlungen soll künftig das Vollstreckungsgericht entscheiden. Bei vernünftiger Gestaltung der Geldstrafe glaubt der Verf., daß sie nur von einer kleinen Anzahl stellenloser, leichtsinniger oder renitenter Personen nicht werde beigetrieben werden können. In diesem Falle soll sie dauernd Arbeitsunfähigen gegenüber niedergeschlagen werden (Genf: allgemein), Arbeitsfähige dagegen sollen die Geldstrafe durch öffentliche Arbeiten abverdienen (Norwegen, Italien, Schweizer Entwurf) und nur im Weigerungsfalle dazu zwangsweise in einer Anstalt (Arbeitshaus) angehalten werden.

Wie der Verweis wird auch der allgemeine Ehrverlust wegen Unwirksamkeit als Hauptstrafe verworfen. Dagegen will G. die Nebenstrafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte als Mittel der Differenzierung der mit ihm verbundenen Hauptstrafe beibehalten wissen. Selbst bei Zuchthaus soll der Richter in der Lage sein, von der grundsätzlich mit ihr zu verknüpfenden Nebenstrafe ganz oder teilweise im Falle nicht ehrloser Gesinnung abzusehen. Mit der Einschließung sei fakultativ der Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter zu verbinden. Neben der Gefängnisstrafe soll, wenn sie mindestens 1 Jahr beträgt und aus besonderen Gründen an die Stelle von Zuchthaus tritt, der Ehrverlust allgemein zulässig sein. Streichen soll der künftige Gesetzgeber als Folge der Verurteilung zu Zuchthaus die Unfähigkeit, Urkundenzeuge, Vormund usw. zu sein (§ 34 Nr. 5, 6), und zwar im Interesse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nach den hier nur Sollvorschriften enthaltenden bürgerrechtlichen Vorschriften. Die sich im ausländischen Recht (Italien, Niederlande, Norwegen, Schweizer und Österreichischer Entwurf) vielfach findende Untersagung der Ge-

[9]) Grundsätzlich wird dies verneint in des Referenten Abhandlung Z. f. d. ges. Strafrechtswiss. XXVIII S. 718 f.

werbe- und Berufsausübung will G. als allgemeine Maßregel unter Wahrung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit außer auf die öffentlichen Ämter beschränken auf diejenigen Berufe oder Gewerbe, deren Ausübung von einem besonderen Befähigungsnachweis oder einer besonderen obrigkeitlichen Erlaubnis abhängt, jedoch unter Vorbehalt der Entziehung auch anderer Berufs- oder Gewerberechte als (zeitliche) Nebenstrafe oder (dauernde) Sicherungsmaßregel in gesetzlich besonders bestimmten Fällen. Als eine vom Strafrichter für die Dauer auszusprechende Rechtsverwirkung zieht der Verf. den Verlust der elterlichen Gewalt in Betracht bei Verurteilung zu Strafe wegen eines vorsätzlich an oder mit dem Kinde zusammen (Niederlande) begangenen Delikts sowie in allen Fällen, wo Staatsbürgerrechtsverlust eintritt, sofern sich der Schuldige durch die Straftat des Elternrechts unwürdig erwiesen hat. Die Prügelstrafe (England, Dänemark) lehnt der Verf. als „einen Sieg rachedurstiger Masseinstinkte über den besonnenen kriminalpolitischen Fortschritt" jedenfalls als Strafe Erwachsener a limine ab. Die als Strafe in der bedingten Verurteilung zu Geldstrafe aufgehende Friedensbürgschaft empfiehlt er als Präventivmaßregel (cautio de non offendendo). Sehr richtig weist G. darauf hin, daß uns der präventive Schutz einzelner gegen drohende Gewalttätigkeiten dringend not tut: Auf Antrag der Staatsanwaltschaft soll der Amtsrichter im Falle unzweifelhafter sofortiger Zahlungsfähigkeit des Impetraten eine im Wege der gewöhnlichen Exekution zu erzwingende Sicherheitsleistung dafür auferlegen, daß er sich jeder — nicht nur der angedrohten oder bereits begangenen — Gewalttätigkeit gegen Person oder Vermögen des Impetranten sowie auch jeder ferneren Androhung einer solchen zu enthalten habe. Bei nicht präsenter Solvenz sowie im Falle der Nichtbeitreibbarkeit der Sicherheitsleistung soll sich der Richter mit der Androhung einer Geldstrafe für den Fall der Verletzung der auferlegten Verpflichtung begnügen. Die Polizeiaufsicht verwirft der Verf. d. l. f., da sie als Fürsorgemaßregel schädlich, als Sicherungsmaßregel unzureichend sei. Wie in Frankreich (Gesetz von 1885) sei sie zu ersetzen einerseits durch die Schutzaufsicht der unter Leitung des Vormundschaftsgerichts stehenden Fürsorgevereine oder Fürsorger, durch die Verwahrung gemeingefährlicher und rückfälliger Gewohnheitsverbrecher andererseits. Die Schutzaufsicht soll bei entlassenen Zuchthaussträflingen regelmäßig, bei entlassenen Gefängnissträflingen, wenn es geboten erscheint, verhängt werden, und zwar als eine in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallende Fürsorgemaßregel vom Vormundschaftsrichter vor der Strafentlassung nach Anhörung der Gefängnisverwaltung. Die mit der zu beseitigenden Polizeiaufsicht verbundenen Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Inländer sollen, weil teils schädlich, teils nutzlos, fallen, sie seien auch als selbständige Maßregeln nicht annehmbar; dagegen sei die zurzeit nur ausnahmsweise zulässige Verweisung bestrafter Ausländer nach erfolgter Strafverbüßung zur allgemeinen selbständigen, vom Strafrichter auszusprechenden Maßregel zu erheben (Österreich, Ungarn, Dänemark, Schweizer Entwurf). Die richterliche Anordnung der Urteilspublikation allgemein zuzulassen rät G. ab, da sie sich in praxi leicht zu einer beschämenden Ehrenstrafe, als welche sie als ein „Rest des Prangers" zu verwerfen sei, auswachsen könnte. Die geltenden Vorschriften über die Einziehung will der Verf. unter Verweisung der Unbrauchbarmachung des § 41 RStGB. in das Preß-

gesetz im wesentlichen unberührt lassen; die Ausdehnung auf die scelere quaesita (Niederlande, Rußland, Dänemark, Japan) lehnt er mit Rücksicht auf die Beseitigung der alten fiskalischen condictio ob turpem causam im BGB. ab.

Rechtsanwalt Herr stellt anhangsweise das Strafenwesen und den Strafvollzug in den Vereinigten Staaten von Amerika dar, ohne Vorschläge für die deutsche Strafgesetzgebung daran zu knüpfen. Aus seinen insbesondere das Reformatory-System, die Bewährung (Probation) und die Jugendgerichtshöfe (Juvenile oder Children - Courts) betreffenden Schilderungen, die mit dankenswerter Vorsicht die unzuverlässigen Ergebnisse der amerikanischen Statistik bewerten, geht die interessante Tatsache hervor, daß die Strafgesetzgebung der Vereinigten Staaten fortschreitend dem Gedanken der Spezialprävention Raum gibt und auch vor dem Erfordernis des Begangenseins einer strafbaren Handlung schon nicht mehr Halt macht. Das Jugendstrafrecht z. B. stellt den verbrecherischen Kindern die verwahrlosten und vernachlässigten gleich und zieht auch sie vor das Forum des Jugendgerichtshofs. So bereitet sich in Amerika die allmähliche Auflösung der Strafe in der Prophylaxe vor, eine Auflösung, die von der Idee des Strafgesetzes als „magna charta“ des Verbrechers (v. Liszt), welche die Inbehandlungnahme des antisozialen Individuums von der Begehung einer konkreten mit Strafe bedrohten Handlung abhängig macht, nicht aufgehalten werden wird, — es sei denn, daß eine starke Reaktion der Generalpräventionsidee auf Grund der Erkenntnis einsetzt, daß der Wirksamkeit des Staats als Erzieher unübersteigbare Grenzen gesetzt sind.

Mittermaier bekämpft die Ansicht, daß die auch durch die unbestimmte Verurteilung nicht ersetzbare vorläufige Entlassung nur im Rahmen des progressiven Strafvollzugs Platz habe. Sie sei vielmehr als zweckmäßige und unerläßliche Überleitung des durch lange Strafzeit erschlafften Strafgefangenen in die Freiheit bei allen Arten der Freiheitsstrafen, abgesehen von der Haft wegen ihrer Kürze und von Festungshaft, die der Besserung nicht diene und keiner Erleichterung des Überganges zur Freiheit bedürfe, vorzusehen und zwar als regelmäßige Einrichtung des Strafvollzugs. Im einzelnen soll Voraussetzung sein: Eine Strafe mit der Mindestdauer eines Jahres, Verbüßung von mindestens zwei Dritteln der Strafe in der Anstalt (bei lebenslänglichen Freiheitsstrafen die Verbüßung von 10 Jahren), Würdigkeit des Sträflings nach Charakter und Führung. Der vorläufig Entlassene soll zwar „frei“ sein, d. h. er muß selbst für sich in einer freien Gesellschaft sorgen, er unterliegt aber einer mit Zwangsgewalt ausgestatteten Aufsicht nicht der Polizei, sondern einer der Verwaltung der Strafanstalten analogen, die ihn in der Wiedereinordnung in das Rechtsleben unterstützt und von Unrechttun abhält. Der Sträfling ist während der Bewährungsfrist, die dem Strafrest gleichkommt, aber mindestens 2, bei Lebenslänglichen 5 Jahre beträgt, zu einem geordneten Lebenswandel verpflichtet — wie beim bedingten Straferlaß. Erfüllt der Sträfling die Verpflichtung nicht, so kann Ordnungsstrafe, Verschärfung der Aufsicht und zuletzt Wiedereinlieferung in die Anstalt zur Verbüßung des noch nicht in der Anstalt verbrachten Strafrestes eintreten. Erfolgt während der Bewährungsfrist kein Widerruf, gilt die Strafe als verbüßt. Die vorläufige Entlassung, die nicht Strafverkürzung, sondern eine andere Strafvollzugsart ist, wird von der obersten Strafvollzugsbehörde des Bundesstaates nach Anhörung der Anstaltsverwaltung und der Justizorgane

(Gericht oder Staatsanwaltschaft) beschlossen; desgleichen der Widerruf, indes nach Anhörung der die Aufsicht über den Entlassenen führenden Behörde. Nur, wenn der Sträfling in der Bewährungsfrist eine Straftat begeht, entscheidet das über diese Tat erkennende Gericht auch über den Widerruf. Diese Vorschläge stellt Mittermaier im wesentlichen Anschluß an die französisch-amerikanische Gesetzgebung auf.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

StGB. §§ 153, 163; ZPO. § 807. Gegenstände — Sachen oder Forderungen — ohne jeden Vermögenswert bedürfen nicht der Aufnahme in das zu beschwörende Vermögensverzeichnis.

II. StrS. U. v. 22. Juni 1909 g. St. 2 D 453/09.

Aus den Gründen: Gegenüber der Verteidigungsbehauptung des Angeklagten, er habe sich zu einer Aufnahme der bei Leistung des Offenbarungseides nicht angegebenen Forderungen in das Vermögensverzeichnis wegen ihrer völligen Wertlosigkeit nicht für verpflichtet erachtet, führt der Vorderrichter aus: der Angeklagte hätte ebenso, wie er hinsichtlich einer Reihe im Vermögensverzeichnis aufgeführter, völlig wertloser körperlicher Sachen „ohne Rücksicht auf ihren Wert sich geprüft" und sie alle in das Verzeichnis aufgenommen hätte, dies auch hinsichtlich der noch ausstehenden Forderungen ohne Rücksicht auf deren Wert und Realisierbarkeit machen müssen, er sei sich auch bewußt gewesen, daß die Forderungen noch Bestandteile seines Vermögens waren.

Diese Rechtsausführungen sind zu beanstanden.

Vermögen im rechtlichen Sinne ist die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person, sowohl der aktiven als auch der passiven, als ein Ganzes gedacht. (Entsch. 16 1, 3).

Der Begriff des Vermögens ist hiernach kein ausschließlich rechtlicher, sondern zugleich ein wirtschaftlicher. Gegenstände, Sachen oder Forderungen, welche wegen Mangels eines jeden Vermögenswertes für das Verhältnis des Aktivvermögens zum Passivvermögen ohne jeden Einfluß sind und daher die wirtschaftliche Bedeutung des Ganzen in keiner Weise berühren, sind daher als Vermögensbestandteile bedeutungslos. Sie können bei der Feststellung des Aktivvermögens außer Betracht bleiben und bedürfen daher nicht der Aufnahme in ein Verzeichnis des Vermögens im Sinne des § 807 ZPO. Nicht schon wegen der theoretischen Möglichkeit ihrer Geltendmachung, sondern erst wegen eines ihr innewohnenden Vermögenswertes ist eine Forderung ein Vermögensstück. Wollte man ein jedes Vermögensrecht als Vermögensstück ansehen und die Aufnahme in das Verzeichnis fordern, so würde das dem Zwecke des durch § 807 a. O. vorgeschriebenen Vermögensverzeichnisses, das die Zwangsvollstreckung erleichtern soll, nicht dienen und die Aufstellung eines ordnungsmäßigen Verzeichnisses in vielen Fällen unmöglich machen.

Der Vorderrichter ist durch seine irrige Rechtsauffassung dazu veranlaßt worden, die Schutzbehauptung des Angeklagten, daß es sich um völlig wertlose Forderungen handele, nicht so zu würdigen, wie sie aufgestellt war, sondern lediglich als Behauptung einer zur Zeit bestehenden Uneinziehbarkeit der Forderungen. Konnten die Forderungen, wie der Angeklagte es dargestellt hatte, nur noch als ein Mittel zu betrügerischer Erlangung von Kredit, nicht aber als Gegenstände von Vermögenswert in Betracht kommen, so war das Vermögensverzeichnis nicht deshalb unvollständig, weil diese Forderungen in ihm nicht enthalten waren. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben.



StGB. § 303. Wegen Beschädigung oder Vernichtung von Strafakten, die zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörende Strafsachen betreffen, ist in Preußen der Erste Staatsanwalt antragsberechtigt.

V. StrS. U. v. 9. Juli 1909 g. St. 5 D 655/09.

Gründe: Der wegen Zerstörung von Strafakten, die dem Justizfiskus gehörten, gemäß § 303 StGB. verurteilte Angeklagte rügt lediglich das Fehlen des zur Strafverfolgung erforderlichen Strafantrages.

Der Verurteilung liegt der folgende in den Urteilsgründen festgestellte Sachverhalt zu Grunde.

In einem bei dem Landgerichte in C. gegen den Angeklagten schwebenden Strafverfahren wegen Betruges sollten die Akten nebst zwei Beiakten, enthaltend Vorstrafen des Angeklagten, zwecks Ausführung einer beschlossenen kommissarischen Vernehmung auf Verfügung des Dezernenten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgerichte zu C. an das Amtsgericht B. versandt werden. Statt dessen sandte der Hilfsgerichtsdiener R. die erwähnten Akten aus Versehen dem Angeklagten zu und dieser verbrannte sie im Ofen in seiner Wohnung.

Der Erste Staatsanwalt bei dem Landgericht zu C. stellte Strafantrag gegen den Angeklagten.

Zu Unrecht führt die Revision aus, daß dieser Antrag nicht rechtswirksam sei, weil zur Stellung desselben nicht der Erste Staatsanwalt beim Landgericht in C., vielmehr nur der Oberstaatsanwalt zu C. als der gesetzliche Vertreter des Justizfiskus befugt gewesen sei.

Allerdings wird nach dem Gesetze vom 14. März 1885 (Preuß. GS. S. 65 und Justiz.-Min. Verf. v. 23. März 1885 JMBl. S. 119) der Preußische Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche Angelegenheiten der Justizverwaltung betreffen, durch die Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten vertreten, soweit es sich nicht um durch die Gerichtskassen einzuziehende Forderungen handelt. Allein, wie das Reichsgericht bereits in einem Urteil vom 21. Juni 1907 (2 D 286/07) ausgeführt hat, steht die Befugnis zur Stellung des Strafantrages wegen Beschädigung einer dem Staat gehörigen Sache nicht mit Notwendigkeit ausschließlich derjenigen Behörde zu, zu deren Zuständigkeit die Verfügung über die Rechte des Staates an der Sache, insbesondere auch die Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich dieser Sache gehört. Vielmehr gehört die Stellung von Strafanträgen zu den Maßregeln, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Sache erforderlich sein können.

Die Verwaltung des Eigentums des Staates an den Strafakten über Sachen, die zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören, ist aber in Preußen der Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen Landgericht übertragen. Dies kommt insbesondere auch zum Ausdruck in § 7 der Preuß. Geschäftsordnung für die Sekretariate der Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten vom 12. November 1906 (JMBl. S. 425 flg.), wonach die Staatsanwaltschaft über die Weglegung und Vernichtung dieser Strafakten zu bestimmen hat. Lag demnach der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht zu C. die Verwaltung der von dem Angeklagten zerstörten Akten ob, so war diese durch den Ersten Staatsanwalt vertretene Behörde befugt, den Strafantrag für den Justizfiskus zu stellen und war daher die Revision zu verwerfen.

StGB. § 181a Abs. 2. Zur Anwendung des straferhöhenden Umstandes aus Abs. 2 a. O. ist nicht erforderlich, daß die zur Anwendung gebrachten Mittel — Gewalt oder Drohungen — den beabsichtigten Erfolg wirklich gehabt haben; es genügt ihre Anwendung für sich allein, wenn sie in der Absicht erfolgt, die Frauensperson zur Ausübung ihres unzüchtigen Gewerbes anzuhalten.

F. S. U. v. 10. September 1909 g. B. 5 D 801/09.

Aus den Gründen: Das Gericht gelangt zu dem Schluß, daß der Angeklagte im Jahre 1909 von der Minna B., einer Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt, unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes teilweise den Lebensunterhalt bezogen habe, und zwar indem er die B. unter Anwendung von Gewalt und Drohung zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes anhielt. Diese Feststellungen rechtfertigen die Anwendung des § 181a Abs. 2 StGB. Zu ihrer Begründung wird auf die in den Urteilsgründen vorher wiedergegebenen Zeugenaussagen verwiesen. Damit sollte offenbar zum Ausdruck gebracht werden, daß das Gericht die von den Zeugen bekundeten Tatsachen



als erwiesen ansehe, daß also der Angeklagte die Minna B. auch deswegen mißhandelt habe, weil sie durch den Unzuchtsbetrieb zu wenig Geld verdiene. Daraus konnte ohne Rechtsirrtum gefolgert werden, daß der Angeklagte durch die Mißhandlungen die B. zu einem umfassenderen Unzuchtsbetriebe veranlassen wollte. Daß aber die B. die Unzucht tatsächlich gewerbsmäßig betrieben hat, ist vom Angeklagten niemals, insbesondere auch nicht in der Revision, in Zweifel gezogen worden.

Die von der Revision weiter vermißte Feststellung, daß die zur Anwendung gebrachten Mittel, Gewalt und Drohungen, den vom Angeklagten beabsichtigten Erfolg auch wirklich gehabt haben, war dagegen nicht erforderlich. Es genügt vielmehr die Anwendung von Gewalt oder Drohungen für sich allein, wenn sie in der Absicht erfolgt, die Frauensperson zur Ausübung ihres unzüchtigen Gewerbes anzuhalten. Die Voraussetzungen des Absatzes 2 des § 181a StGB. sind selbst dann gegeben, wenn die Frauensperson ihr unzüchtiges Gewerbe auch ohne dieselben weiter ausgeübt hätte oder durch dieselben zu einem Unzuchtsbetriebe überhaupt oder einer umfassenderen Tätigkeit nicht veranlaßt worden ist.

Da auch im übrigen ein Rechtsirrtum in erkennbarer Weise nirgends hervortritt, so war die Revision als unbegründet zu verwerfen.

StGB. § 267. Die Kontrollvermerke der Kontrolleure einer Straßenbahn in den Fahrberichten der Schaffner — als beweiserhebliche Privaturkunden.

V. StrS. U. v. 17. September 1909 g. Sch. 5 D 503/09.

Gründe: Die Anwendung des Strafgesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis gibt zu Rechtsbedenken keinen Anlaß.

Aus dem Zusammenhange der Urteilsgründe erhellt, daß die dienstlichen Betätigungen, die nach der darin enthaltenen Schilderung den Schaffnern und Kontrolleuren der D'er Straßenbahn obliegen, namentlich die schriftliche Erstattung besonders vorgesehener Fahrberichte und die dienstplanmäßige Kontrollierung der Schaffner und die Versehung ihrer laufend zu führenden Fahrberichte mit einem ebenfalls näher beschriebenen Kontrollvermerke durch die diensthabenden Kontrolleure, dauernde organische Einrichtungen der gedachten Straßenbahn sind, auf denen deren Betrieb beruht, und durch die dessen Ordnungsmäßigkeit sichergestellt werden soll. Damit ist — weil durch die Natur der Sache begründet — hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, daß es sich um Einrichtungen handelt, denen die Angestellten der Straßenbahn vermöge ihres Dienstverhältnisses unterworfen sind, dergestalt, daß die Maßgeblichkeit dieser Einrichtungen für und gegen sie durch das Anstellungsverhältnis vertraglich festgelegt erscheint. Allerdings kommt den Kontrollvermerken in Verbindung mit den betreffenden Fahrberichten nach Inhalt und Form nur die Bedeutung eines privatschriftlichen Zeugnisses zu, das einen bestimmten Vorgang bekundet. Es ist auch anzuerkennen, daß solche Zeugnisse regelmäßig der Beweiserheblichkeit ermangeln und diese nur unter besonderen im Einzelfall darzulegenden Umständen gewinnen können, dann nämlich, wenn ihnen nach Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung Beweiskraft beizumessen ist. Entsch. **40** 144 (147) und die dort angezogenen Urteile.

Allein den sich daraus ergebenden Anforderungen genügen die Urteilsausführungen, wenn in ihnen den Kontrollvermerken Beweiserheblichkeit zugeschrieben wird. Denn wenn darin gesagt ist, daß diese Vermerke eine Grundlage der Abrechnung zwischen Schaffner und Bahnverwaltung bilden, so wird hierdurch im Zusammenhalte mit den schon gewürdigten übrigen Feststellungen hinreichend deutlich ausgedrückt, daß der Schaffner wie die Bahnverwaltung den Inhalt der Vermerke für die Abrechnung — vermöge des bestehenden Dienstverhältnisses und insofern vertraglich — als maßgebend anzuerkennen habe, daß die Vermerke mit anderen Worten — vertragsmäßig — für und gegen den Schaffner beweisen. Andererseits läßt die wesentlich tatsächliche Annahme der Strafkammer, daß die Vermerke für die Abrechnung dienlich sein können und dienlich sind, irgend einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es kam insbesondere rechtlich nicht darauf an, daß die hier fraglichen, den Gegenstand der fälschlichen Anfertigung bildenden Vermerke unter den Verhältnissen des gegebenen Falles tatsächlich Beweiserheblichkeit in der bezeichneten Richtung gehabt haben und nötigenfalls betätigt hätten. Hinreichend für die Kennzeichnung der Kontrollvermerke als beweiserheblicher Urkunden ist vielmehr, daß

sie an sich betrachtet und losgelöst von der Lage des Einzelfalles in dem bezeichneten Sinne für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Beweiserheblichkeit sein können. Entsch. 24 210 (214), 32 56, 40 78 (79).

Es ist deshalb bedeutungslos, daß im regelmäßigen Laufe der Dinge für die Abrechnung möglicherweise nicht in Betracht kommen wird, zu welchem — vor ihr liegenden — früheren Zeitpunkt eine gewisse Zahl Fahrscheine — erweislich — verkauft war.

Ferner ergibt sich aus den bereits wiedergegebenen tatsächlichen Feststellungen der Strafkammer der weitere rechtliche Schluß, daß die Kontrollvermerke — vertragsmäßig — auch von Beweiserheblichkeit dafür sind, ob der Kontrolleur dienstplanmäßig seinen Kontrollpflichten, also gewissen auf seinem Anstellungsverhältnisse beruhenden Rechtspflichten, der Straßenbahnverwaltung gegenüber nachgekommen ist. Der Umstand, daß die Vermerke Dienstaufsichtszwecken zu dienen haben, ist also nur geeignet, ihre Beweiserheblichkeit auch noch in der vorbezeichneten Richtung nachzuweisen, nicht aber, sie auszuschließen.

Hieraus geht zugleich hervor, daß das angefochtene Urteil auch den Anforderungen des § 266 Abs. 1 Satz 1 StPO. entspricht.

Dem Rechtsmittel war daher der Erfolg zu versagen.

StPO. § 244 Abs. 1 Satz 2. Der Vermerk des Sitzungsprotokolls, daß „nach Anhörung der Staatsanwaltschaft, des Verteidigers und des Angeklagten" beschlossen sei, von der Vernehmung eines geladenen und erschienenen Zeugen abzusehen, bringt nicht zum Ausdruck, daß die Beteiligten mit der Nichtvernehmung einverstanden gewesen sind.

V. StrS. U. v. 21. September 1909 g. Ch. 5 D 520/09.

Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer rügt Verletzung des § 244 StPO. durch Nichtvernehmung „insbesondere der Frau Sch.". Die Rüge ist jedenfalls, soweit sie die Frau Sch. betrifft, prozessual beachtlich und begründet.

Ausweislich der Akten war Frau Sch. als Zeugin geladen und in der Hauptverhandlung erschienen. Sie gehörte daher zu den „vorgeladenen Zeugen". Die Beweisaufnahme mußte sich demgemäß von Amts wegen auch auf sie erstrecken. Von ihrer Vernehmung konnte nur abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hiermit einverstanden waren. Ein solches Einverständnis wird aber durch das Sitzungsprotokoll nicht nachgewiesen.

Nach dem Sitzungsprotokolle sind Staatsanwaltschaft und Angeklagter vor der Beschlußfassung über die Nichtvernehmung u. a. der Sch. lediglich angehört und ist daraufhin beschlossen und verkündet worden, daß von weiterer Beweisaufnahme Abstand genommen werde. Ob ein stillschweigendes Einverständnis als genügend anzusehen und unter welchen Voraussetzungen es als vorhanden zu erachten ist, braucht nicht erörtert zu werden. Jedenfalls müßte sich ein solches aus den im Protokolle beurkundeten Vorgängen ergeben. Das ist indes nach der dem Protokolle zukommenden Auslegung nicht der Fall. Denn mit der Wendung: „Nach Anhörung der Staatsanwaltschaft, des Verteidigers und des Angeklagten . . wurde beschlossen" . . ist an sich nichts weiter beurkundet, als daß der allgemein für jeden Gerichtsbeschluß in der Hauptverhandlung gegebenen Gesetzesvorschrift des § 33 StPO. entsprochen worden sei. Es fehlt aber überhaupt an der Bezeugung irgendeines Vorganges, der über eine bloße Anhörung hinaus der weitergehenden besonderen Anforderung des § 244 Abs. 1 Satz 1 das. Genüge leistete und geeignet wäre, als Erkennbarmachung des Einverständnisses der Beteiligten, insbesondere auch des Angeklagten, mit der Nichtvernehmung weiterer Zeugen in Betracht zu kommen.

Darnach erweist sich § 244 Abs. 1 StPO. als verletzt. Es ist auch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß die Verurteilung des Beschwerdeführers auf diesem Verstoße beruht.

StGB. § 243 Nr. 2. Wird das Merkmal des „Erbrechens eines Behältnisses" dadurch beseitigt, daß das Erbrechen die naturgemäße Eröffnungsart war?

II. StrS. U. v. 24. September 1909 g. J. 2 D 558/09.

Gründe: Das angefochtene Urteil führt aus, die (von dem Angeklagten vorgenommene) Abschraubung der das Gaszuleitungsrohr schließenden Kapsel möge einen gewissen Kraftaufwand und die Zuhilfenahme einer Zange zur Beseitigung des ersten Widerstandes erfordert haben; eine Gewaltanwendung sei indes „bei dieser naturgemäßen Eröffnungsart" nicht nachzuweisen. Diese Ausführung wäre nicht zu beanstanden, wenn sie dahin ausgelegt werden könnte, daß der Angeklagte nur dasjenige Maß von Kraft aufgewendet habe, welches für eine ordnungsmäßige Eröffnung des Verschlußmittels erforderlich war, und wenn nach dieser Feststellung die Kraftanwendung einer solchen, wie sie etwa beim ordnungsmäßigen Öffnen eines schwer schließenden Schlosses stattfindet, rechtlich gleich zu beurteilen wäre. Dieser Auffassung ist aber nicht beizutreten.

Ein Behältnis kann in der Weise — etwa durch das in dem Urteil erwähnte Verlöten — verschlossen sein, daß es nur durch Erbrechen eröffnet werden kann. Wird es in diebischer Absicht erbrochen, so wird das Merkmal des Erbrechens (§ 243 Nr. 2 StGB.) nicht dadurch beseitigt, daß das Erbrechen die allein mögliche und daher die naturgemäße Eröffnungsart war. Die Eröffnung wird nicht dadurch ordnungsmäßig, daß sie naturgemäß erfolgt.

Für die Entscheidung hätte es der Prüfung bedurft, ob das Zuleitungsrohr durch die Kapsel nur abgeschlossen werden sollte, wie durch einen leicht beweglichen, eine Regelung der Gasentnahme ermöglichenden Gashahn, oder ob das Zuleitungsrohr verschlossen war, um Unbefugte an der Entnahme von Gas zu verhindern. Die festgestellte Sachlage spricht für das Vorhandensein eines solchen Verschlusses, der nur beseitigt werden sollte, wenn ein ordnungsmäßiger Anschluß der in der Wohnung befindlichen Beleuchtungsanlagen an die Gasleitung bewirkt werden sollte. Ob der Verschluß nur durch eine feste Verschraubung oder ob er durch Verlötung oder ähnliche Mittel herbeigeführt wurde, ist unerheblich. War die Festigkeit der Verschraubung eine so große, daß zur Überwindung des Widerstandes eine Zange erforderlich war, so konnte der Verschluß nur gewaltsam, d. i. durch Erbrechen des Behältnisses, beseitigt werden. Eine Beschädigung des Behältnisses oder seines Verschlusses wird für diesen Begriff nicht erfordert. Entsch. **30** 389, 390.

Da hiernach die Voraussetzungen eines schweren Diebstahls nicht rechtlich bedenkenfrei verneint sind, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

StGB. §§ 284, 286. Wenn der in einer Gastwirtschaft aufgestellte Glücksspielautomat dem Gewinner kein bares Geld, sondern „Marken" von einem gewissen Werte herausgibt, so kann „Ausspielung" (§ 286) oder „Glücksspiel" (§ 284) vorliegen, je nachdem die gewonnenen Marken vereinbarungsgemäß für vom Gewinner auszuwählende Waren des Gastwirts oder allgemein als „Zahlmittel", wenn auch lediglich in Anrechnung auf Zechschulden des Gewinners angenommen werden müssen.

V. StrS. U. v. 28. September 1909 g. B. 5 D 590/09.

Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer rügt in seiner Revisionsschrift außer Verletzung des § 266 StPO. unrichtige Anwendung des Strafgesetzes.

Die Revision ist unter andern als von dem Beschwerdeführer vorgebrachten Gesichtspunkten begründet. Die Strafkammer erklärt zwar, daß der Gegenstand, um den gespielt wurde, Geld gewesen sei. Dies hat indes nicht die Bedeutung einer unmittelbaren tatsächlichen Feststellung, erweist sich vielmehr als bloße Folgerung aus der anderweiten Feststellung, daß der in Rede stehende Spielautomat, wenn der Spieler gewonnen hat, eine Marke herausgebe, die der Angeklagte für 10 Pfg. in Zahlung nehmen müsse. Was darunter zu verstehen ist, wird nicht näher ausgeführt. Bei dieser Sachlage bietet das Urteil nicht die Gewähr, daß die Folgerung rechtlich einwandfrei ist.

Aus der getroffenen Feststellung ergibt sich zwar, daß die gedachte Spielbestimmung zum Inhalte des Spielvertrages gemacht worden war und daß danach der Angeklagte verpflichtet sein sollte, die Marke in Zahlung zu nehmen. Für die Unterstellung aber, daß der Angeklagte etwa die Verpflichtung haben sollte, die Marke dem Gewinner schlechthin auf dessen Verlangen in Geld umzuwechseln, bietet das Urteil keinen Anhalt. Es muß deshalb mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Marke auf Waren, die der Angeklagte in seinem Geschäftsbetrieb als Gastwirt darbot, sollte gezahlt werden dürfen. Danach ist es nicht ausgeschlossen, daß nach dem Sinne der getroffenen Abrede solche

Waren den unmittelbaren Gegenstand des Spieles und somit den Gewinngegenstand zu bilden hatten. Das könnte beispielsweise zutreffen, wenn sich der Angeklagte danach anheischig gemacht hätte, dem Gewinner nach seiner Wahl bestimmte Waren seines Geschäftsbetriebs gegen die Marke zu überlassen, wie etwa je ein Glas Bier, ein sonstiges Getränk, Zigarren oder Eßwaren. In diesem Falle würde die Spielveranstaltung, wenn es sich bei ihr um ein Zufallsspiel handelt, die rechtliche Eigenschaft einer Ausspielung haben, und diese Eigenschaft würde nicht dadurch in Frage gestellt erscheinen, daß der Gewinner hinsichtlich eines großen Kreises solcher Waren die Auswahl hätte. Denn es genügt dem Begriffe der Ausspielung, wenn die — nicht in Geld bestehende — bewegliche oder unbewegliche Sache, die ihren Gegenstand bildet, auch nur mehr oder minder bestimmt ist. Entsch. **5** 432 (434), **10** 245 (248).

Die Ausspielung scheidet aber gleich der Lotterie, die hier nicht in Frage kommt, aus dem Begriffe des Glücksspiels im Sinne der §§ 284, 285, 360[14] StGB. aus und untersteht gegebenenfalls nur der Vorschrift des § 286 StGB. Auch wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird, fällt sie nicht unter die Strafandrohung des § 284 StGB., vielmehr bestimmt sich auch ihre Strafbarkeit lediglich nach den Voraussetzungen des § 286 daselbst.

Anders läge die Sache, wenn der Sinn der Spielabrede dahin gegangen wäre, daß der Angeklagte die Marke ganz allgemein auf Zechschulden, die der Gewinner bei ihm gemacht habe oder etwa noch machen würde, in Zahlung zu nehmen habe. Alsdann könnte nicht mehr gesagt werden, daß irgend eine bestimmte oder bestimmtere Ware als solche zum unmittelbaren Gegenstande der Ausspielung gemacht worden wäre. Es würde sich nur darum handeln, daß der Angeklagte die Marke als Zahlmittel gegen sich gelten lassen müsse, wenn auch mit der Einschränkung, daß sie nur in Anrechnung auf Zechschulden genommen zu werden brauche. Alsdann würde keine Ausspielung vorliegen, vielmehr würde es gegebenenfalls bei der Glücksspieleigenschaft des Spiels im Sinne des § 284 StGB. sein Bewenden behalten.

StGB. § 267. Wird der Ermächtigung: für den die Ermächtigung Erteilenden Wechsel zu akzeptieren, die Beschränkung hinzugefügt, daß der aus der Verwertung dieser Wechsel erzielte Erlös zu einem bestimmten Zwecke verwendet werden müsse, so liegt hierin weder eine Bedingung der Vollmachterteilung, noch kann die Art und Weise, wie Angeklagter nachträglich mit dem Wechselerlöse verfährt, für die Frage von Bedeutung sein, ob die Wechselakzepte im Rechtsverkehr als echte anzusehen sind oder nicht.

II. StrS. U. v. 1. Oktober 1909 g. M. 2 D 596/09.

Aus den Gründen: Wie der Vorderrichter in sachlicher Hinsicht als erwiesen betrachtet, hatte Max Z. den Angeklagten ermächtigt, seinen Namen als Akzept auf Wechsel zu setzen, ... bei der Erteilung der Erlaubnis zur Wechselakzeption aber die Beschränkung (Bedingung) auferlegt, daß der aus der Diskontierung der Akzepte erzielte Erlös zu einem bestimmten Zwecke, nämlich zur Begleichung einer älteren Schuld bei H., verwendet werden sollte. Wie das Urteil als erwiesen ansieht, hat der Angeklagte aber die Diskontsumme in eigenem Nutzen verbraucht, und er hat, als er die Wechsel schrieb, von vornherein nicht die Absicht gehabt, jener „Bedingung" zu entsprechen. Unter solchen Umständen, meint das Gericht, sei der Angeklagte überhaupt nicht befugt gewesen, den Namen Z.'s zu gebrauchen, und es nimmt hiernach an, der Angeklagte habe hinsichtlich der Wechselakzepte sich der Urkundenfälschung schuldig gemacht. Dem läßt sich nicht beitreten.

Um eine der Vollmachtserteilung beigefügte Bedingung handelt es sich nicht. Wie das Urteil ergibt, sollte der Angeklagte durch die Vollmacht, die ihm Z. erteilte, erst in den Stand gesetzt werden, sich die zur Tilgung der H.'schen Schuld erforderlichen Geldmittel zu beschaffen. Von der Ermächtigung mußte der Angeklagte Gebrauch gemacht haben, ehe die Schuldtilgung vonstatten gehen konnte, und somit kann ihre rechtliche Wirksamkeit nicht von der vorherigen Erfüllung jener „Bedingung" abhängig gemacht worden sein. Alsdann aber ist davon auszugehen, daß die Zeichnung der Wechselakzepte dem Willen des Max Z. entsprochen hat und daß der Angeklagte insoweit nur verbunden war, den Diskonterlös aus den Wechseln in der ihm vorgeschriebenen Weise zu verwenden. Ist der Angeklagte seiner Verpflichtung hierzu nicht nachgekommen, so macht ihn sein vertragswidriges Handeln dem anderen Teile verantwortlich. Allein, mit der Frage der Echtheit der der Vollmacht gemäß für

Z. abgegebenen Wechselunterschriften hat das nichts zu tun. Diese Namenszeichnungen blieben echt und für den Vollmachtgeber des Ausstellers verbindlich, gleichviel welches die Absichten waren, von denen der Angeklagte sich bei ihrer Ausstellung hat leiten lassen. Auf das innere Wollen und Meinen des Angeklagten kam es insoweit nicht an. Was von ihm verlangt wurde, war lediglich die Verwendung des Erlöses aus den Wechseln zu dem vorgeschriebenen Zweck. Von der Art und Weise aber, wie der Angeklagte nachträglich mit dem Wechselerlöse verfuhr, konnte es nicht abhängen, ob die Wechselakzepte im Rechtsverkehre als solche des Max Z. anzusehen waren oder nicht. Mußte der Machtgeber des Angeklagten seine Namensunterschrift auf den Wechseln zu der Zeit, als dieser sie bei S. diskontierte, als die seinige gelten lassen, so hat der Umstand, daß Angeklagter den Diskonterlös hinterher anders verwendete, als er sollte, ihr nicht rückwärts wirkend den Charakter der Echtheit wieder nehmen können.

StGB. § 267. Die rechtliche Erheblichkeit der auf dem Postanweisungsabschnitte namentlich durch Ausfüllung des Vordrucks niedergelegten Bemerkungen kann nicht rechtsgrundsätzlich bejaht oder verneint, sondern nur nach den Begleitumständen des Einzelfalls richtig gewürdigt werden, insbesondere ist es Tatfrage, ob die Ausfüllung des Vordrucks „eingezahlt von" mit einem fremden Namen nur eine einfache berichtweise gemeinte und zu verstehende Benennung des Absenders oder eine förmliche Namenszeichnung darstellt.

I. StrS. U. v. 7. Oktober 1909 g. Sch. 1 D 570/09.

Aus den Gründen: Wie nach den Gründen zu dem angefochtenen Urteil bewiesen ist, hat die Angeklagte ihrem Geliebten Johann Sch., der ihr und anderen Dirnen gegenüber Zuhälterei verübt zu haben beschuldigt und deshalb in Untersuchungshaft genommen war, des öfteren kleine Geldbeträge zugedacht und durch Postanweisung in das Untersuchungsgefängnis geschickt, dabei aber in der Besorgnis, beim Kundwerden ihrer Urheberschaft möchte von den Gefängnisbeamten oder dem Untersuchungsrichter die zur Ausfolge an den Empfänger erforderliche Genehmigung versagt werden, auf dem für diesen bestimmten Abschnitt der Postanweisungskarte — unverkennbar nach Ausfüllung des üblichen, Tag und Betrag der Einzahlung betreffenden Vordrucks — unter dem Vermerk „Absender" oder „eingezahlt von" je unbefugterweise den Namen „L. L." oder „Rosine Sch." gesetzt.

Auf diesen Sachverhalt ließ sich die Verurteilung der Angeklagten aus § 267 StGB. ohne Rechtsirrtum stützen, und die vom Verteidiger in seiner Revisionsschrift erhobenen Einzelangriffe entbehren der Schlüssigkeit.

Vergebens bestreitet er, daß die Angeklagte solche Urkunden hergestellt hat, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit waren.

Die abtrennbaren Abschnitte der Postanweisungskarten einschließlich des Vordrucks haben, wie die der Begleitadressen für Postpakete, den ausgesprochenen Zweck, zu schriftlichen Mitteilungen des Absenders an den Empfänger zu dienen; ob und in welcher Weise sie von dem Absender wirklich benutzt werden, steht zum willkürlichen Belieben des letzteren. Deshalb kann die rechtliche Erheblichkeit der auf dem Abschnitt, insbesondere durch Ausfüllung des Vordrucks, niedergelegten Bemerkungen nicht rechtsgrundsätzlich bejaht oder verneint, sondern nur nach den Begleitumständen des Einzelfalls richtig gewürdigt werden. Dies hat der erkennende Senat schon mehrfach dargelegt (Entsch. **35** 80 (82), Urt. des I. Strafs. v. 6. April 03 g. H. D 6236/02, Urt. des I. Strafs. v. 24. Sept. 03 g. G. D. 2022/03), und es beruht auf Mißverständnis, wenn der Verteidiger für seine abweichende Ansicht sich auf ein älteres reichsgerichtliches Erkenntnis (Entsch. **17** 143) bezieht. Hier weist der III. Strafsenat nur nach, daß die Post schriftliche Bemerkungen auf einem Begleitadressenabschnitt regelmäßig nicht als an sie gerichtet ansehe, daß mithin durch Bezeichnung des Absenders auf dem Abschnitt keine vertragliche Beweisurkunde zwischen Absender und Post geschaffen und durch die bloße Auflieferung der Begleitadresse zur Post nicht notwendig gegenüber der Postbehörde von den im Abschnitt enthaltenen urkundlichen Erklärungen Gebrauch gemacht werde. Dagegen hatte der gleiche Senat schon mit Urteil v. 26. Oktober 1881 und hat wieder mit Urteil v. 13. November 1905 (Rechtspr. **3** 649 (651), Entsch. **38** 211 (212), vorbehaltlos anerkannt, daß die Bemerkungen auf dem Abschnitt von Postanweisungskarten

oder Begleitadressen unter Umständen eine zunächst dem Empfänger und Absender gegenüber beweiserhebliche Urkunde sein können; auf demselben Standpunkte steht der II. Strafsenat in einer Entscheidung aus neuester Zeit (Entsch. **42** 226 [227]).

Gegebenenfalls erblicken die Urteilsgründe, welche ausdrücklich von „Unterschrift der falschen Namen“ sprechen, in der durch die Angeklagte bewirkten Ausfüllung des auf den Postanweisungsabschnitten vorgedruckten Vermerks „Absender“ oder „eingezahlt von“ mit einem fremden Namen nicht etwa eine einfache, berichtweise gemeinte und zu verstehende Benennung des Absenders, sondern förmliche Namenszeichnungen, die im Zusammenhalt mit dem übrigen Vordruck und seiner Ausfüllung, als gedanklichen Inhalt der aus beiden gebildeten Urkunde eine unterschriftlich erhärtete Erklärung bedeuten, daß, wann und welche Summe der Unterzeichnete für den Empfänger auf der Post eingezahlt habe. Hiermit halten sich die Urteilsgründe innerhalb der Grenzen zulässiger Auslegung, d. h. der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung, wogegen nach der Vorschrift in § 376 StPO. keine Anfechtung im Revisionsweg stattfindet. Ist eine derartige Erklärung, wie sie von den Urteilsgründen in den Bemerkungen der Angeklagten gefunden wird, von dem Aussteller abgegeben, also echt, so kann sie im Verhältnis zwischen ihm und dem Empfänger erheblich sein für den Beweis zu seinem Nachteile, daß er nicht an einem anderen Tage und nicht einen anderen Betrag einbezahlt hat, als er unterschriftlich selbst anerkennt. Demgemäß ist die rechtliche Beweiserheblichkeit der durch die Angeklagte fälschlich hergestellten Urkunden einwandfrei dargetan .... (folgt Ausführung, daß auch die rechtswidrige Absicht und das Handeln zum Zwecke der Täuschung [der Gefängnisbeamten und des Untersuchungsrichters] ohne Rechtsirrtum festgestellt sei.)

StPO. § 52 Abs. 1 Nr. 3. Ärzte sind auch bezüglich solcher Wahrnehmungen zur Verweigerung einer Aussage berechtigt, die sie infolge ihrer Zuziehung gemacht haben.

V. StrS. U. v. 8. Oktober 1909 g. C. 5 D 609/09.

Aus den Gründen: Die Prozeßrügen gehen fehl.

Die Ärzte DDr. Sp. und H. haben, ersterer zum Teil, ihr Gutachten „unter Berufung auf ihre Verschwiegenheitspflicht“, also in Gemäßheit des § 52 Nr. 3 StPO. verweigert. Sie durften ihre Aussage aber nicht nur in Ansehung dessen verweigern, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes mündlich oder schriftlich von Person zu Person anvertraut war, sondern auch bezüglich anderer Wahrnehmungen, die sie bei der in Frage kommenden Gelegenheit infolge ihrer Zuziehung als Ärzte gemacht haben. Hinsichtlich der Verteidiger (§ 52 Nr. 2 StPO.) sagen die Motive (S. 44) ausdrücklich, zur Verweigerung des Zeugnisses genüge es, daß der Zeuge in seiner Eigenschaft als Verteidiger von der betreffenden Tatsache Kenntnis genommen hat. Nach dem Zwecke des Gesetzes muß das gleiche auch für Ärzte (Nr. 3 a. a. O.) gelten.

StGB. § 164. Objektiv ist auch die Beschuldigung der Begehung eines bloßen Antragsdelikts als Beschuldigung der Begehung einer strafbaren Handlung anzusehen, wenn auch der Strafantrag noch nicht gestellt ist, und subjektiv ist in einem solchen Falle das Bewußtsein, daß der Strafantrag noch gestellt werden werde, nicht erforderlich.

V. StrS. U. v. 12. Oktober 1909 g. L. 5 D 601/09.

Aus den Gründen: Die Anwendung des § 164 StGB. ist nicht zu beanstanden.

Der Umstand, daß es sich um eine nur auf Antrag verfolgbare Straftat (§§ 185, 194 StGB.) in der Anzeige handelt und die angeblich Verletzte, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung nicht berechtigt war (§ 65 StGB.), steht der Annahme nicht entgegen, daß der Tatbestand der wissentlich falschen Anzeige objektiv und subjektiv vorliegt.

Die Anzeige muß vermöge der Natur der angezeigten Handlung objektiv geeignet sein, eine Untersuchung zu veranlassen; wenn nach ihrem Inhalt die Tat sich als eine strafbare, zur Strafverfolgung gegen den Beschuldigten geeignete darstellt, so ist dem objektiven Erfordernis genügt. Dies muß auch dann gelten, wenn ein Antragsdelikt den Gegenstand der Beschuldigung bildet und

ein Strafantrag noch nicht gestellt ist; denn nicht die Strafbarkeit der Tat als solche, sondern nur die Verfolgbarkeit ist von dem Strafantrage abhängig.

Anders liegt es bei den Schuldausschließungs-, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen, wie das RG. mehrfach ausgesprochen hat; vgl. Entsch. 21 101, 23 371.

Auch für den subjektiven Tatbestand kann das Bewußtsein, daß der Strafantrag vorliege oder noch gestellt werden würde, nicht gefordert werden. Abgesehen von dem Bewußtsein, daß die Beschuldigung unwahr und die angezeigte Handlung strafbar sei, ist nichts weiter erforderlich, als das Bewußtsein, daß die Anzeige die Einleitung eines Strafverfahrens zur Folge haben werde oder könne. Für dieses ist die Kenntnis davon, daß es eines Strafantrages bedürfe und daß ein solcher bereits vorliege oder doch in Aussicht stehe, nicht geboten, denn der Antrag ist etwas außerhalb der Strafbarkeit liegendes, und die Strafverfolgungsbehörde ist nicht behindert, auch schon vor Anbringung eines förmlichen Antrages (§ 156 Abs. 2 StPO.) zur Erforschung des Sachverhalts zu schreiten. . . . . . Hiernach war die Verwerfung der Revision auszusprechen.

StPO. §§ 242, 145. Die Art des Aufrufs einer Strafsache vor Beginn der Hauptverhandlung bestimmt der Vorsitzende nach seinem Ermessen. Dies Ermessen kann durch die Justizverwaltung nicht eingeschränkt werden, und eine Anordnung des Landgerichts-Präsidenten nach dieser Richtung ist für den Vorsitzenden nur die Empfehlung einer Zweckmäßigkeitsmaßregel, enthält aber keine Rechtsnorm, deren Nichtbeachtung die Revision zu begründen vermöchte.

II. StrS. U. v. 15. Oktober 1909 g. M. 2 D 683/09.

Aus den Gründen: Das Protokoll bezeugt, daß bei Aufruf der Sache der Verteidiger des Angeklagten M. nicht erschienen war.

Daß die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Verteidigers stattgefunden hat, enthält keine Gesetzesverletzung, auch wenn die Behauptungen der Revisionsschrift als richtig vorausgesetzt werden.

Allerdings hat ungeachtet des Wortlauts des § 242 StPO. die Hauptverhandlung mit einem Aufrufe der Sache in dem Sinne zu beginnen, daß den Prozeßbeteiligten kundgegeben wird, die sie betreffende Strafsache komme zur Verhandlung. Vgl. Rechtspr. 3 236. Dieser Aufruf geschieht im Gerichtszimmer. Daß und wie er außerhalb des Gerichtszimmers stattzufinden hat, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben und muß daher von dem Ermessen des Vorsitzenden abhängen. Dies Ermessen kann durch die Justizverwaltung nicht eingeschränkt werden. Eine Anordnung des Landgerichtspräsidenten, daß die Rechtsanwälte, welche sich als Verteidiger gemeldet haben, kurz vor Beginn des Termins durch den Gerichtsdiener aus dem Anwaltszimmer gerufen werden sollen, ist daher für den Vorsitzenden nur die Empfehlung einer Zweckmäßigkeitsmaßregel, welche er im wohlverstandenen Interesse der Rechtspflege nicht unbeachtet lassen wird. Sie enthält aber keine Rechtsnorm, deren Nichtbeachtung die Revision zu begründen vermöchte.

StGB. § 348 Abs. 2. Eisenbahnfreifahrtschein — eine dem Eisenbahnbeamten amtlich anvertraute Urkunde.

IV. StrS. U. v. 15. Oktober 1909 g. P. 4 D 636/09.

Aus den Gründen: Die Anwendung des § 348 Abs. 2 StGB. auf das festgestellte Sachverhältnis läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Nach den Urteilsfeststellungen waren die Freischeine ein Ausweis für die dem Beschwerdeführer amtlich erteilte Erlaubnis zur freien Zurücklegung einer bestimmten Strecke auf der Bahn an einem bestimmten Tage. Daraus konnte ohne Rechtsirrtum die Eigenschaft derselben als Urkunden hergeleitet werden.

Auch die fernere Annahme des Landgerichts, daß die Freischeine dem Angeklagten amtlich anvertraut und amtlich zugänglich waren, begegnet keinem rechtlichen Bedenken. Es ist festgestellt, daß der Angeklagte, wennschon ihm die Freischeine zu Reisen in seinen Privatangelegenheiten erteilt waren, die amtliche Pflicht hatte, für die Erhaltung ihrer Existenz, Gebrauchsfähigkeit und materiellen Richtigkeit zu sorgen und daß sie ihm nur unter dieser selbstverständlichen Bedingung bewilligt worden sind. Er hatte sie nach Benutzung oder bei Nichtbenutzung sofort an den nächsten Dienstvorgesetzten zurückzugeben. Danach sind die Freischeine durch einen Vertrauensakt der vorgesetzten Be-

hörde amtlich in den Gewahrsam und die Verfügungsgewalt des Angeklagten gelangt.

Auch in subjektiver Hinsicht sind die Tatbestandserfordernisse des § 348 Abs. 2 StGB. rechtlich einwandfrei festgestellt worden.

StGB. §§ 240, 185. 1. Unter welchen Umständen in der Drohung gegenüber den Eltern einer böswilligen Schuldnerin, die Forderung an letztere öffentlich zum Verkauf auszubieten, eine Drohung mit dem Vergehen der Beleidigung gefunden werden kann. 2. Kränkung stellt nicht notwendig eine Beleidigung dar.

V. StrS. U. v. 15. Oktober 1909 g. R. 5 D 611/09.

Gründe: Die auf die Rüge materieller Gesetzesverletzung und ungenügender Begründung des Urteils gestützte Revision mußte für begründet erachtet werden.

Das Gericht hat angenommen, der Angeklagte habe mit seinem Schreiben nur erreichen wollen, daß die Eltern der Elise P. bei ihrer Tochter wegen Bezahlung der Forderung des Angeklagten vermittelnd tätig werden sollten; er habe gewußt, daß die Eheleute P. zur Zahlung nicht verpflichtet seien, habe sie auch dazu nicht anhalten, sich also einen rechtswidrigen Vermögensvorteil nicht verschaffen wollen. Demgemäß hat das Gericht einen Erpressungsversuch nicht als nachgewiesen erachtet, hat aber den Angeklagten wegen versuchter Nötigung verurteilt, weil die Verwirklichung der Drohung, daß Angeklagter außer in der Zeitung des Wohnortes seiner Schuldnerin auch in derjenigen des Wohnortes der Eltern derselben seine Forderung öffentlich zum Kaufe anbieten werde unter vollständiger Nennung der Adresse und der in Betracht kommenden Namen, unter den vorliegenden Umständen eine Beleidigung der Eheleute P. im Sinne des § 185 StGB. enthalten würde.

Diese letztere Begründung gibt in doppelter Hinsicht zu Bedenken Anlaß.

Zunächst gewinnt es den Anschein, daß von der Annahme ausgegangen sein könnte, die Eheleute P. würden durch die Veröffentlichung der Zahlungsweigerung ihrer Tochter mittelbar beleidigt werden. Dies wäre rechtsirrtümlich, denn eine mittelbare Beleidigung, die eine Einheit der Ehre verschiedener in näherer Beziehung stehender Personen voraussetzt, z. B. eine Familienehre, gibt es nach dem Gesetz nicht (vgl. Urt. des RG. v. 4. November 1901 Goltd. Arch. 48 441).

Sodann ist nicht erkennbar, daß geprüft worden ist, ob der Angeklagte bei dem Vollzuge seiner Drohung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt haben würde. Wenn, wie nach dem Sachverhalt anzunehmen ist, der Angeklagte seine böswillige Schuldnerin durch Vermittlung ihrer Eltern zur Zahlung nötigen wollte und er sich des Mittels der Androhung eines öffentlichen Verkaufsangebots bediente, so würde ihm der Schutz des § 193 StGB. nicht versagt werden können und eine strafbare Beleidigung nur dann vorliegen, wenn etwa aus der Form der in Aussicht gestellten Bekanntmachung oder den begleitenden Umständen die Absicht der Beleidigung hervorginge. (Entsch. 37 104). — Das Gericht hat nun im Anschluß an die vorher wiedergegebene Begründung noch ausgeführt, nach der Einlassung des Angeklagten und dem ganzen Inhalt des Schreibens sei der Zweck des Inserats nicht der gewesen, den Verkauf der Forderung zu ermöglichen, sondern der, den Eheleuten P. „Unannehmlichkeiten in der Öffentlichkeit" zu bereiten, und hiernach müsse insbesondere angenommen werden, daß der Angeklagte mindestens in der am Wohnort der Eheleute P. erscheinenden Zeitung die Eheleute P. in einer sie kränkenden Weise als die Eltern der säumigen Schuldnerin erkennbar gemacht haben würde.

Auch diese Ausführung genügt nicht, um das Vorliegen einer strafbaren Beleidigung nachzuweisen. Die Wahl der fraglichen Zeitung und die Nennung der Namen kann für sich allein nicht wohl als beleidigend für die Eltern der Schuldnerin erachtet sein. Worin aber sonst die „kränkende Weise" bestanden haben soll, in der die Eltern der säumigen Schuldnerin erkennbar gemacht werden sollten, ist nicht nachgewiesen, wobei zu bemerken ist, daß eine Kränkung überhaupt noch nicht den Charakter einer strafbaren Beleidigung an sich zu tragen braucht. Bisher ist nicht dargelegt, daß die Ausführung der Tat, wie sie angedroht war, eine Beleidigung der Eheleute P. darstellte, insbesondere nicht, daß der an sich gegebene Strafausschließungsgrund des § 193 StGB. beseitigt gewesen wäre.

Hiernach war die Aufhebung des angefochtenen Urteils auszusprechen.

Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. Juni 1901 §§ 27, 38. 1. Kurkonzerte sind, auch wenn sie zu den allgemeinen Veranstaltungen der Badeverwaltung gehören i. S. des § 27 Nr. 1 a. O. als gewerblichen Zwecken dienend anzusehen. 2. Zum Begriff des Aufführenden i. S. des § 38 Nr. 2. 3. Irrtum über die Person des Verbietungsberechtigten ist unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum.

III. StrS. U. v. 18. Oktober 1909 g. Kr. 3 D 504/09.

Aus den Gründen: Der Revision des Angeklagten Kr. war der Erfolg zu versagen.

Fehl geht zunächst der Einwand, es habe mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 27 Lit. Urh.-Ges. eine Bestrafung nicht eintreten können.

Nach § 27 a. O. sind frei öffentliche, keinem gewerblichen Zwecke dienende unentgeltliche Aufführungen erschienener Werke. Nach den Motiven S. 32, 33 „gehören dahin die üblichen Veranstaltungen im Bereiche der Kirche, der Schule, des Heeres und der Flotte. Im Gegensatze hierzu dienen die Konzerte in Gastwirtschaften einem gewerblichen Zwecke: sie können deshalb, auch wenn sie ohne Entgelt und unter freiem Himmel stattfinden, umsoweniger freigegeben werden, als dadurch dem Berechtigten ein empfindlicher Ausfall an Einnahmen lediglich zugunsten der gewerblichen Unternehmer angesonnen würde." Nach den Stenogr. Berichten S. 2151, 2447 u. dem Kommiss.-Berichte S. 60 kommen insbesondere in Frage „Militärparaden, dienstliche Promenadenkonzerte der Militärkapellen, Aufführungen bei Schulfesten, im Gottesdienste, bei öffentlichen Umzügen, Leichenbegängnissen; ferner Kirchenkonzerte, Veranstaltungen in Offizierskasinos, Morgenständchen für Offiziere pp." Aus dieser beispielsweisen Aufzählung ergibt sich klar, daß § 27 nur solche Aufführungen freigeben will, bei welchen jede Absicht, aus ihnen mittelbar oder unmittelbar einen Erwerb zu erzielen, sie mittelbar oder unmittelbar in den Dienst eines gewerblichen Unternehmens zu stellen, von vornherein ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzung trifft im vorliegenden Falle nicht zu.

Der Mitangeklagte H. war von der Stadtgemeinde K. gegen ein Fixum von 6000 M. zur Veranstaltung von Kurkonzerten für die Zeit vom 15. Mai bis 15. September engagiert. Die Stadt ist an dem Badbetriebe finanziell beteiligt, sie erhebt auch eine Kurtaxe. Die Kurkonzerte sollen als wesentliches Mittel dienen, die Annehmlichkeiten des Badelebens zu erhöhen und den Besuch des Bades zu steigern. Gegenüber diesen Feststellungen des Urteils kann kein Zweifel sein, daß die Kurkonzerte schon aus dem Gesichtspunkte des Dienens für gewerbliche Zwecke nicht unter § 27 fallen. Der Badebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen, dessen Ertrag im wesentlichen von der Frequenz des Bades abhängt. Diese wird nicht nur durch die Bedeutung der vorhandenen Heilmittel, sondern daneben nicht unwesentlich durch die am Badeorte gebotenen Annehmlichkeiten bedingt. Zu diesen Annehmlichkeiten des Badelebens gehört in erster Linie eine gute Kurmusik. Sie erhöht die Annehmlichkeit des Aufenthalts, fördert hierdurch die Frequenz, und dementsrechend auch den Ertrag des Unternehmens, dient also gewerblichen Zwecken.

Steht dies fest, so scheidet § 27 ohne weiteres aus, und es kann dahingestellt bleiben, ob die Konzerte als entgeltliche Aufführungen zu erachten waren und auch aus diesem Grunde nicht unter § 27 fielen.

Daß die Aufführungen „öffentliche" waren und diese Eigenschaft auch insoweit nicht verloren, als zu gewissen Konzerten nur mit Kurkarten versehene Personen Zutritt hatten, stellt das Urteil rechtsirrtumsfrei fest.

Die Annahme der Strafkammer, daß der Beschwerdeführer Kr. gemeinschaftlich mit dem Angeklagten H. die in Frage kommenden Werke der Tonkunst „aufgeführt" hat, Mittäter nach § 38 Nr. 2 Lit. Urh.-Ges. war, ist nicht zu beanstanden.

„Aufführender" im Sinne dieser Bestimmung ist derjenige, welcher die Aufführung veranstaltet, sie bestimmt und angeordnet hat, also derjenige, dessen Tätigkeitswille auf Veranstaltung der Aufführung gerichtet gewesen und durch dessen Tätigkeit die Aufführung ins Werk gesetzt ist. Daß er das Werk persönlich vorführt, ist weder nötig noch ausreichend.

Bestimmt und angeordnet wird vielmehr die Aufführung auch von demjenigen, welcher die von einem anderen zur Darstellung gebrachten Werke auswählt, dessen Wille also in dieser Beziehung maßgebend ist. Dabei ist es keineswegs erforderlich, daß er für die Aufführung jedes einzelne Werk, bei Konzerten jedes einzelne Musikstück auswählt und bestimmt, vielmehr können auch nach dieser Richtung gegebene Anordnungen allgemeiner Natur genügen,



z. B. die Bezeichnung eines bestimmten Komponisten, dessen Werke aufgeführt werden sollen, während derjenige nicht als Aufführender erachtet werden kann, welcher lediglich die für das Konzert erforderlichen äußeren Vorkehrungen trifft, bei Aufstellung des Programms jedoch in keiner Weise einen maßgebenden Einfluß ausübt. Andererseits kann jemand auch ohne positives Handeln dadurch zum „Aufführenden" werden, daß er vorsätzlich unterläßt, die Aufführung zu verhindern, obwohl er zu solcher Verhinderung rechtlich verpflichtet und tatsächlich in der Lage ist und weiß, daß ohne sein Eingreifen verbotene Werke aufgeführt werden. Entsch. in Zivilsachen **38** *22*; Entsch. **41** *287*, ferner II 29. Mai 1908 Jur. Wochenschr. 1908 S. 605 Nr. 127, V 18. Juni 1909 5 359/09.

Im vorliegenden Falle ist, wie schon erwähnt, festgestellt, daß der Mitangeklagte H. von der Stadtgemeinde K. gegen ein Fixum von 6000 M. zur Veranstaltung von Kurkonzerten für die Zeit vom 15. Mai bis 15. September engagiert war, daß die Konzerte, in welchen die geschützten Stücke ohne Genehmigung der Berechtigten aufgeführt wurden, unter seiner Leitung stattfanden, ferner, daß zwar im allgemeinen die Auswahl der aufzuführenden Stücke ihm oblag, er aber stets die von ihm zusammengestellten Musikprogramme auf dem Rathaus abzugeben hatte, von wo aus ihre Veröffentlichung in der Kur- und Fremdenliste erfolgte, daß Angeklagter Kr. gegenüber H. einmal den Wunsch äußerte, es möchten häufiger Werke von Beethoven zur Aufführung kommen, daß H. sich verpflichtet erachtete, solchen Wünschen, die in Wirklichkeit Anordnungen waren, zu entsprechen, und daß Kr., als H. bei Beginn der Spielzeit 1908 ihm gesagt hatte, der Vertreter der Tonsetzergenossenschaft habe ihm erklärt, geschützte Stücke dürfe er nicht aufführen, geäußert hat, er solle sich hieran nicht kehren, sondern auch die moderneren Sachen ruhig spielen.

Der Beschwerdeführer Kr. hat sonach nicht nur, was genügen würde, um ihn als Täter verantwortlich zu machen, unterlassen, die Aufführung geschützter Stücke zu verhindern, obwohl er hierzu als Vertreter der die Unternehmerin der Konzerte bildenden Stadtgemeinde K. verpflichtet und in der Lage war, und obwohl er wußte, oder mindestens mit der Möglichkeit rechnete, daß ohne sein Einschreiten geschützte Stücke ohne Einwilligung der Berechtigten zur Aufführung kommen würden, sondern er hat darüber hinaus direkt maßgebenden Einfluß auf die Auswahl der Konzertprogramme ausgeübt, wenn er auch nicht die einzelnen Stücke, die gespielt werden sollten, bestimmt hat, und er hat weiter, statt pflichtgemäß die Aufführung zu hindern, im Gegenteile die Bedenken H.'s gegen eine Aufführung geschützter Stücke beseitigt.

Unter diesen Umständen konnte er zutreffend neben H. als „Aufführender" angesehen werden.

Die Annahme der Mittäterschaft zwischen Kr. und H. begegnet keinen Bedenken.

Der vorliegende Fall liegt ähnlich dem im Urt. des IV. Senats vom 8. Mai 1908 (Entsch. **41** 287) behandelten und die vom erkennenden Senate getroffene Entscheidung tritt auch in keiner Weise in Widerspruch mit dem Urteile des V. Senats v. 18. Juni 1909 5 359/09. Dort wurde der Kurdirektor nicht als Aufführender erachtet, da er sich darauf beschränkt hatte, den Kapellmeister zu engagieren, auf die Feststellung der Programme einen maßgebenden Einfluß nicht ausgeübt, sogar den Kapellmeister verpflichtet hatte, nur tantiemenfreie Stücke aufzuführen. Aber auch dort ist ausgesprochen, daß es zur Annahme der Täter- oder Mittäterschaft schon genügen würde, wenn der Angeklagte von dem Vorhaben oder der Tatsache der Aufführung nicht tantiemenfreier Stücke Kenntnis gehabt und deren Aufführung pflichtwidrig nicht verhindert haben würde.

Der subjektive Tatbestand ist rechtsirrtumsfrei festgestellt. In den ihnen Mitte Mai 1908 zugegangenen Briefen der Genossenschaft deutscher Tonsetzer waren die Angeklagten darauf hingewiesen, daß die fraglichen Werke geschützt seien und ohne Einwilligung der Berechtigten nicht aufgeführt werden dürften. Auf Grund dieser Mitteilung konnte die Strafkammer ohne Rechtsirrtum die tatsächliche Feststellung treffen, daß beide Angeklagte mindestens mit der Möglichkeit rechneten, es handle sich um geschützte Stücke und auch für diesen Fall die Aufführung wollten, und in gleicher Weise konnte gegen Kr. mit Rücksicht auf seine Unterredung mit H. nach Empfang der Briefe festgestellt werden, daß er die Möglichkeit der Aufführung geschützter Stücke voraussah und damit einverstanden war. Zutreffend hat die Strafkammer angenommen, daß die Angeklagten sich in einem unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum befunden haben,

wenn sie sich zur Aufführung um deswillen berechtigt hielten, weil sie annahmen, der Tonsetzergenossenschaft stehe ein Verbietungsrecht nicht zu. Es war nicht nötig, daß sie die Person des Berechtigten kannten, es genügte, daß sie wußten oder doch mit der Möglichkeit rechneten, es handle sich um Werke. an denen noch ein Urheberrecht bestehe. Auch ein etwaiger Irrtum des Angeklagten Kr., die Aufführung sei berechtigt, weil auf seine Anfrage hin der Schutzverband deutscher Kurorte Bedenken gegen die Aufführung nicht geäußert habe, würde auf strafrechtlichem Gebiete liegen.

StPO. § 243. Der Grundsatz, daß eine erst zu erweisende Tatsache nicht im voraus, bevor der Beweis erhoben ist, für widerlegt angesehen werden dürfe, bezieht sich auf tatsächliche Verhältnisse, die dem Zeugenbeweis anheimfallen, nicht auf Urteile, die einem sachverständigen Gutachten entnommen werden sollen.

II. StrS. U. v. 19. Oktober 1909 g. H. 2 D 684/09.

Aus den Gründen: Was die Frage betrifft, ob der § 51 StGB. dem Angeklagten zugute kommt, so ist diese erschöpfend vom Gerichte geprüft und ohne erkennbaren Rechtsirrtum verneint worden. Es ist festgestellt, daß der Angeklagte zur Zeit der Begehung der Tat sich weder in einem Zustande von Bewußtlosigkeit noch in einem Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. In dieser Richtung sollte sich die vom Verteidiger eventuell noch beantragte Beweisaufnahme durch Einforderung eines Gutachtens des Medizinalkollegiums bewegen. Indem das Gericht diese weitere Beweisaufnahme mit der Begründung abgelehnt hat, daß begründete Zweifel an der Richtigkeit seiner Überzeugung dem Gerichte auch dann nicht aufsteigen würden, wenn noch weitere Tatsachen bekannt würden, die auf eine geistige Erkrankung schließen ließen, und daß auch durch weitere medizinische Gutachten diese Überzeugung nicht erschüttert werden würde, hat es weder eine Verkennung der Bedeutung des § 51 StGB. zutage treten lassen, noch die Verteidigung des Angeklagten in unzulässiger Weise beschränkt. Die desfallsigen Ausführungen der Revision sind unzutreffend: die Gründe, aus denen der Vorderrichter die beantragte Beweisaufnahme nicht für erforderlich erklärt, sind keineswegs „perplex". Wenn der Vorderrichter auch dem etwaigen Bekanntwerden „noch weiterer Tatsachen die auf eine geistige Erkrankung des Angeklagten schließen ließen", kein Gewicht beimessen will, so hat er Tatsachen im Auge, die noch weiterhin — wie die schon jetzt bekannten Tatsachen — dartun könnten, daß der Angeklagte geistig nicht gesund sei. Aber nicht jede krankhafte Störung der Geistestätigkeit schließt die Verantwortlichkeit aus, sondern nur solche, die zugleich die freie Willensbestimmung ausschließt. Und dies gerade ist es, was der Vorderrichter meint; denn der Erwägung, daß Angeklagter geistig nicht gesund sei, folgt die Ausführung: „Das Gericht hat indessen die Überzeugung, daß diese Erkrankung nicht bis zum Ausschluß der freien Willensbestimmung geführt hat."

Es handelte sich hierbei nicht, wie die Revision meint, um eine „rein medizinisch wissenschaftliche Frage", sondern um eine solche, bei der auch die Erfahrung des Lebens von Bedeutung ist. Inwieweit für die Entscheidung solcher Frage die Zuziehung fachwissenschaftlicher Sachverständiger vonnöten ist, hat nach Lage des Falles das erkennende Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 73 StPO.). Wenn das Gericht nach Anhörung der fünf geladenen Sachverständigen die Einholung eines behördlichen Obergutachtens deshalb nicht für erforderlich erklärt hat, weil seine Überzeugung vom Gegenteil dessen, was dargetan werden solle, bereits unerschütterlich feststehe, so hat es von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht und nicht in die Verteidigungsrechte des Angeklagten ungehörig eingegriffen. Es hat nicht einen „erheblichen" Beweisantrag zurückgewiesen, denn unter diesen Umständen war der Antrag eben nicht erheblich. Der Grundsatz, daß eine erst zu erweisende Tatsache nicht im voraus, bevor der Beweis erhoben worden, für widerlegt angesehen werden dürfe, bezieht sich auf tatsächliche Verhältnisse, die dem Zeugenbeweis anheimfallen, nicht auf Urteile, die einem sachverständigen Gutachten entnommen werden sollen.

Da die Entscheidung auch sonst in keiner Hinsicht zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt, war die Revision zu verwerfen.



Reichsges. v. 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit in Verb. mit StGB. § 263. Zum Tatbestande des § 1 des Ges. v. 9. April 1900. Verhältnis dieses § zum § 263 StGB.

IV. StrS. U. v. 22. Oktober 1909 g. K. 4 D 659/09.

Gründe: Der Angeklagte, der vertragsmäßig von dem Elektrizitätswerk in N. zur Beleuchtung der Räume seines Gasthofs elektrische Arbeit bezog, hat zeitweise am Zähler den dort ein- und auslaufenden Draht einer Phase mit einer Metalleitung versehen und dadurch seiner Absicht gemäß erreicht, daß ein Teil des elektrischen Stromes, ohne den Zähler zu durchlaufen, zu den Beleuchtungskörpern gelangte und deshalb auch vom Zähler nicht gemessen und angezeigt und vom Elektrizitätswerk nicht in Rechnung gebracht wurde. Jedesmal vor Eintritt der monatlichen Revisionen des Zählers hat er hierauf die von ihm angebrachte Leitung entfernt und den revidierenden Beamten in den Irrtum versetzt, daß der Zähler die entnommene Arbeit richtig angebe. Das Landgericht hat auf Grund dieser Feststellungen den Angeklagten wegen Betrugs verurteilt, diese Entscheidung erweist sich jedoch als rechtsirrtümlich.

Die vorliegenden Feststellungen führen zu der Annahme, daß der Angeklagte, schon bevor er anläßlich der monatlichen Revisionen des Zählers die erwähnten, auf Täuschung des revidierenden Beamten berechneten Maßnahmen traf, fremde elektrische Arbeit aus einer Anlage mittels eines zur ordnungsmäßigen Entnahme von Arbeit nicht bestimmten Leiters in der Absicht rechtswidriger Zueignung entzogen und sich dadurch eines Vergehens im Sinne des Reichsges. v. 9. April 1900, betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, schuldig gemacht hat. Als „Leiter" im Sinne dieses Gesetzes erscheint jede Vorrichtung, die vermöge ihrer physikalischen Eigenschaften den elektrischen Strom fortleitet, so daß auch die vom Angeklagten benutzte Metallleitung als ein „Leiter" angesprochen werden muß. Mittels dieses Leiters hat er den elektrischen Strom von dem ihm gewiesenen Wege abgelenkt und unter Umgehung des Zählers seinen Räumen unmittelbar zugeführt. Er hat dadurch der Anlage elektrische Arbeit entzogen und zwar mittels eines Leiters, der zur ordnungsmäßigen Entnahme von Arbeit nicht bestimmt war. Denn die Bestimmung eines Leiters zur ordnungsmäßigen Entnahme elektrischer Arbeit hat ausschließlich von demjenigen auszugehen, der über die Abgabe des Stroms verfügt. Vertragsmäßig war das Elektrizitätswerk verpflichtet, dem Angeklagten den zur Beleuchtung seiner Räumlichkeiten erforderlichen Strom zu liefern, aber nur in der Weise, daß der Strom auf seinem Wege dorthin erst durch den Zähler hindurchging, weil sich die entnommene Kraft sonst nicht feststellen ließ; nur insoweit, als dies der Fall war, entsprach die Zuleitung dem Willen des Elektrizitätswerks, war also ordnungsmäßig.

Das Landgericht hat die Frage, ob der Angeklagte sich des Vergehens im Sinne des § 1 des Reichsges. v. 9. April 1900 schuldig gemacht habe, nicht erörtert, obschon es hierzu verpflichtet gewesen wäre. Denn das genannte Gesetz erscheint gegenüber den Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs und insbesondere auch gegenüber § 263 desselben als das speziellere Gesetz und geht deshalb jenen Strafbestimmungen auf dem von ihm beherrschten strafrechtlichen Gebiete vor. Überdies war die Entziehung elektrischer Arbeit zu der Zeit, zu welcher besondere täuschende Maßnahmen nach der rechtswidrigen Stromentnahme vom Angeklagten getroffen wurden, bereits vollendet; danach konnte, insofern jene Maßnahmen des Angeklagten lediglich darauf abzielten, ihm den rechtswidrigen Erfolg zu sichern, überhaupt nur eine Verurteilung aus § 1 des Reichsges. v. 9. April 1900 platzgreifen, insbesondere war auch nicht etwa außerdem noch eine solche wegen realkonkurrierenden Betrugs zulässig. (Entsch. 14 121 [123]; zu vergl. auch Sächsisches Archiv für Rechtspflege 3. Jahrgang 1908 S. 317). Dies führt auf das Rechtsmittel des Angeklagten, das auf die Nichtanwendung des erwähnten Reichsgesetzes gestützt ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

StPO. §§ 259, 60. Das Protokoll über die Vernehmung eines wegen Eidesunmündigkeit nicht vereidigten Zeugen darf in der demnächstigen Hauptverhandlung nicht verlesen werden, wenn der Zeuge inzwischen eidesmündig geworden und seine nunmehrige eidliche Vernehmung ausführbar ist.

III. StrS. U. v. 25. Oktober 1909 g. W. u. Gen. 3 D 575/09.

Aus den Gründen: Zugunsten beider Beschwerdeführer greift die von ihnen erhobene Beschwerde aus § 60 und § 250 StPO. durch.

Der gemäß § 191 StPO. in der Voruntersuchung als Zeuge vernommene Leichtmatrose L. ist am 9. August 1890 geboren, hatte also bei seiner am 26. April 1906 erfolgten Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet und ist deshalb damals nicht beeidigt worden. In der Hauptverhandlung vom 12. März 1909, in der das Vernehmungsprotokoll gemäß § 250 StPO. verlesen wurde, war das hierauf beruhende Hindernis der Beeidigung des Zeugen weggefallen und daher nach § 250 Abs. 3 Satz 2 das. die Pflicht des Gerichts begründet, die Beeidigung, der ein sonstiges Hindernis nicht entgegenstand, nachzuholen, sofern die nochmalige Vernehmung des Zeugen ausführbar war. Die Frage, ob ein Zeuge beeidigt werden müsse, ist nach dieser Vorschrift auch dann in der Hauptverhandlung selbständig zu prüfen, wenn er nicht vor dem erkennenden Gerichte vernommen ist, und zwar nach Lage der Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Hauptverhandlung bestehen. Dies folgt daraus, daß die Verlesung der Aussage dazu dient, die unmittelbare Vernehmung des Zeugen zu ersetzen, und beim Vorliegen des Ausnahmefalles des § 250 die verlesene Aussage ebenso der Entscheidung zugrunde zu legen ist, als wenn sie gemäß § 249 das. in der Hauptverhandlung abgegeben wäre. Ist deshalb ein früheres Hindernis der Beeidigung aus irgendwelchem Grunde weggefallen, so muß, immer die Ausführbarkeit vorausgesetzt, seine Beeidigung nachgeholt werden, entweder durch Wiederholung der kommissarischen Vernehmung, oder im Wege der Ladung des Zeugen zur Hauptverhandlung. Die Unausführbarkeit der nochmaligen Vernehmung liegt nicht bloß in den Fällen des § 250 Abs. 1 StPO. vor, wird vielmehr, abgesehen von den Fällen der physischen Unmöglichkeit, auch da anzunehmen sein, wo die der Vernehmung entgegenstehenden Schwierigkeiten im Verhältnis zur Sachlage so erhebliche sind, daß die Erschwerung der Unmöglichkeit gleich zu achten ist. Jedenfalls deckt sich das Erfordernis nicht mit den Voraussetzungen des § 222 StPO. und wird nicht dadurch erfüllt, daß eine dieser Voraussetzungen zur Zeit der Hauptverhandlung fortbesteht; es würde sonst jeder selbständigen Bedeutung entbehren. In vorliegender Sache ergeben die Akten eine Unausführbarkeit der Vernehmung des Zeugen in diesem Sinne nicht. Nach der letzten polizeilichen Auskunft vom 26. Januar 1909 befand sich L. auf dem englischen Segler „Granada", der am 14. Dezember 1908 von Port-Towesend nach Melbourne gesegelt war. Die Einziehung weiterer Erkundigungen war möglich, da die Eltern des Zeugen in Hamburg wohnten. Es besteht kein Grund zu der Annahme, daß nach der Rückkehr des Schiffes in den Heimatshafen die Beeidigung des Zeugen nicht erfolgen konnte. Wenn auch die Verlesung einer unbeeidigten Aussage an und für sich nicht unzulässig ist, so liegt doch ein Verstoß vor gegen die Vorschriften über die Beeidigung der Zeugen, der durch das Einverständnis der Angeklagten und des Verteidigers mit der Verlesung nicht geheilt worden ist, weil auf die Befolgung jener Vorschriften nicht verzichtet werden kann. Daß auf diesem Verstoß die Verurteilung beider Angeklagten beruht, ist nach der Sachlage nicht ausgeschlossen.

StGB. §§ 272 Abs. 1, 50. Die Absicht, „sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem andern Schaden zuzufügen", ist keine „persönliche Eigenschaft" des Handelnden i. S. des § 50.

II. StrS. U. v. 29. Oktober 1909. 2 D 715/09.

Aus den Gründen: Das materielle Recht ist nicht verletzt Daß die im § 272 StGB. bezeichnete Absicht nicht als ein persönliches Verhältnis des Täters im Sinne von § 50 a. a. O. sich darstellt, bedarf keiner Ausführung. Aber auch eine persönliche Eigenschaft desselben kann darin schon um deswillen nicht gefunden werden, weil die Eigenschaften eines Menschen sich nach dessen Wesen bestimmen und ihnen danach das Erfordernis einer gewissen — wenn auch nicht unbegrenzten — Dauer innewohnt. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn die Feststellungen nichts weiter ergeben, als daß in einem einzel-



nen Falle der Begehung einer Straftat der Täter in der Absicht gehandelt hat, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Damit erledigen sich die Ausführungen des Verteidigers über rechtsirrtümliche Nichtanwendung des § 50 StGB.

StPO. § 250 Abs. 2. Der Antrag, die kommissarisch vernommenen Zeugen persönlich an Gerichtsstelle zu vernehmen, ist bei Fortdauer des Grundes der kommissarischen Vernehmung nach freiem Ermessen ablehnbar.

V. StrS. U. v. 29. Oktober 1909 g. R. 5 D 811/09.

Aus den Gründen: Die Zeugen A. und O. sind auf Grund eines Gerichtsbeschlusses unter Beobachtung der Vorschriften des § 191 StPO. durch ersuchte Richter eidlich vernommen worden, weil ihr Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung besonders erschwert war. Da der Hinderungsgrund der weiten Entfernung des Aufenthaltsorts der Zeugen vom Sitze des erkennenden Gerichts zur Zeit der Hauptverhandlung noch andauerte, so war es nach § 250 Abs. 2 StPO. zulässig, in der Hauptverhandlung das Protokoll über die Vernehmung der Zeugen zu verlesen. Dem Angeklagten stand kein Recht darauf zu, daß die Zeugen auch unter diesen Umständen an der Gerichtsstelle vernommen wurden. Die Verlesung des Protokolls statt neuerlicher Vernehmung und damit die Ablehnung des gegenteiligen Antrags des Angeklagten ist durch die im Sitzungsprotokoll enthaltene Feststellung über die Fortdauer des Grundes der kommissarischen Vernehmung hinlänglich begründet.

Preuß. Ges. betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterien v. 29. August 1904. 1. Zu § 2 des Ges. Der Satz, daß die Aburteilung wegen Lotterievergehens nach einem bestimmten Landesrecht grundsätzlich der Strafverfolgung nach einem anderen Landesrecht nicht entgegenstehe, gilt auch für die Länder der Preußischen Lotteriegemeinschaft. 2. Zur Feststellung eines Rückfalls i. S. des § 3 des Ges. können auch die auf Grund des früheren Preuß. Ges. betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterien v. 29. Juli 1885 ergangenen Verurteilungen berücksichtigt werden. 3. Zur Anwendung des § 4 des Ges. genügt der Umstand, daß der Täter vor Begehung der dritten Tat bereits wegen Zuwiderhandlung gegen § 2 rechtskräftig verurteilt worden war, deren er sich nach erstmaliger rechtskräftiger Verurteilung aus § 2 schuldig gemacht hatte. Belanglos erscheint, ob zur Zeit der zweiten Verurteilung dem Gericht die erste bekannt gewesen und von ihm als Strafschärfungsgrund gewürdigt ist oder nicht.

I. StrS. U. v. 8. November 1909 g. L. 1 D 550/09.

Aus den Gründen: 1. Gegenüber der Verurteilung des Angeklagten aus § 2 des Preuß. Ges. v. 29. August 1904, betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterien (GS. S. 255) greift sein Verteidiger den schon im landgerichtlichen Urteil zurückgewiesenen Einwand des Verbrauchs der Strafklage wieder auf, aber nach Lage der Sache ohne Erfolg.

Festgestelltermaßen ist der Angeklagte durch Urteil des Altenburgischen Amtsgerichts R. v. 16. Februar 1909 wegen Verg. nach § 3 Abs. 2 des Altenburgischen Gesetzes, betr. die öffentlichen Lotterien und Ausspielungen, vom 8. Januar 1906 (GS. S. 3) rechtskräftig verurteilt worden, weil er einem — in Sachsen-Altenburg wohnhaften — Abnehmer ein Los zur 1. Klasse der 155. Königl. Sächsischen Landeslotterie, durch Aufgabe zur Post am 28. Oktober 1908 übersandt hat. Einen für dieselbe Lotterie und Klasse ausgegebenen Losanteil hat er außer anderen dem Händler S. in Seesbach verkauft, und dieser Verkauf bildet den Gegenstand der Anklage und Verurteilung in dem ersten der drei nunmehr erledigten Fälle durch die Strafkammer vor dem Preuß. Amtsgericht in F. Ob der Losanteil auch am 28. Oktober 1908, also am gleichen Tage, wie das nach Sachsen-Altenburg übersandte Los, zur Post gegeben worden ist, lassen die Urteilsgründe offen, indem sie hervorheben, daß die Verurteilung nach dem Altenburgischen Lotteriegesetz die Strafverfolgung wegen einer damit zusammenfallenden Handlung nach Preußischen Gesetzen nicht ausschließe.

Hiergegen bestehen keine durchgreifenden Rechtsbedenken.

Angenommen, der Losanteil für S. und das Los für den Altenburgischen Abnehmer seien gleichzeitig aufgegeben worden, käme doch nicht eine im natürlichen Sinne einheitliche Handlung, nicht eine und dieselbe durch den Angeklagten bewirkte und zu vertretende Veränderung der Außenwelt in Frage. Vielmehr

setzt sich die höchstens im Rechtssinn einheitliche Gesamthandlung des Vertriebs oder des Verkaufs mehrerer Lose oder Losanteile der gleichen Lotterie und Klasse regelmäßig aus mehreren natürlichen Einzelhandlungen zusammen, sofern der durch die einzelnen Postboten als Werkzeuge des Absenders vermittelte, aber strafrechtlich von diesem zu vertretende Eingang der verschiedenen Angebote, Lose oder Losanteile bei den einzelnen Empfängern an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten erfolgt.

Vorliegendenfalls konnte und durfte das Amtsgericht R. nur diejenigen Vorgänge oder Bestandteile der an sich zusammenhängenden Vertriebs- und Verkaufshandlungen des Angeklagten vom 28. Oktober 1908 zur Unterlage seiner Entscheidung benutzen, welche unter der örtlichen Herrschaft des Altenburgischen Landesrechts begangen und nach dem Altenburgischen Gesetze vom 8. Januar 1906 zu beurteilen waren. Nur in diesem Umfang, nicht darüber hinaus, ist auch die Strafklage verbraucht worden und der Angeklagte, nach den Grundsätzen der Rechtskraft von Strafurteilen, gegen eine anderweite Strafverfolgung und Verurteilung geschützt. Aus dem Bereiche des erwähnten Urteils ausgeschieden und einer Aburteilung zweifellos zugänglich sind mithin alle Vorgänge, in denen sich eine nach Begehungsort und Strafbarkeit unter das Preuß. Gesetz v. 29. August 1904 fallende Tat des Angeklagten verkörperte, und hierzu gehört offenbar die am 28. Oktober 1908 durch Aufgabe des für den Händler S. in Seesbach geschehene Übersendung eines bestimmten Losanteils samt der sich anschließenden, außerhalb des Geltungsbezirks der Altenburger Gesetze geschehenen, von dem Angeklagten zu vertretenden Behändigung an den Empfänger. Übereinstimmend damit hat das Reichsgericht wiederholt — Entsch. **29** 156 (158), **32** 57 (59), Urteil des I. Strafs. v. 30. März 1905 g. K. D 2236/04, Urteil desselben Strafs. v. 11. Mai 1905 g. W. D 4676/04, — ausgesprochen, daß die Aburteilung wegen Lotterievergehens nach einem bestimmten Landesrecht grundsätzlich der Strafverfolgung nach einem anderen Landesrecht nicht entgegenstehe.

Vergebens macht der Verteidiger geltend, mit Rücksicht auf die zwischen Preußen und Altenburg bestehende Lotteriegemeinschaft könne durch die gesamten Vorgänge vom 28. Oktober 1908 nur ein und dasselbe Rechtsgut, die preußische Lotterie, verletzt sein. Abgesehen davon, daß nach Art. IX Abs. 2 ff. des Staatsvertrags zwischen Preußen und den bei der Hessisch-Thüringischen Staatslotterie beteiligten Staaten zur Regelung der Lotterieverhältnisse vom 17. Juni 1905 (Preuß. GS. 1906 S. 134) nicht bloß die Königl. Preußische, sondern auch — wenigstens mittelbar — die Herzoglich Sachsen-Altenburgische Staatskasse an Verhütung der Einfuhr von Losen zu außerpreußischen Lotterien in das Altenburgische Staatsgebiet beteiligt ist, hat sich ein Teil der Vertriebs- und Verkaufshandlungen des Angeklagten vom 28. Oktober 1908 nur gegen die Altenburgische, ein andrer nur gegen die Preußische Finanzhoheit und Strafgewalt gerichtet. Wenn es sich hierbei auch nicht um zwei begrifflich verschiedene Rechtsgüter handeln mag, so sind jedenfalls Bestimmungen des Landesstrafrechts zweier Bundesstaaten, also zweier insoweit getrennter Rechtsgebiete verletzt, und es schlägt deshalb § 73 des Strafgesetzbuchs nicht ein.

2. Die Einwendung, Rückfall nach dem Preuß. Ges. v. 29. August 1904 sei nur bei vorausgegangener rechtskräftiger Verurteilung aus dem gleichen Gesetze, nicht auch bei solcher aus dem Gesetze vom 29. Juli 1885 (GS. S. 317) gegeben, erledigt sich durch den einfachen Hinweis auf das gegenteilige, bereits in den Urteilsgründen angezogene reichsgerichtliche Erkenntnis. Entsch. **39** 401 (402).

3. Auch ein nach § 392 Abs. 2 StPO. beachtlicher Verstoß haftet dem Urteile nicht an. Zwar hat der Oberreichsanwalt das Bedenken erhoben, daß gegen den Angeklagten die Vorschrift in § 4 des Ges. vom 9. August 1904 um deswillen keine Anwendung leide, weil hier ein „erster Rückfall“ vorausgesetzt werde und ein solcher dem älteren Gesetze überhaupt unbekannt sei. Allein dieses Bedenken wird beseitigt durch die Erwägung, daß sich die §§ 3 und 4 des jetzigen Gesetzes nach ihrer Entstehungsgeschichte — Begründung zu dem Entwurfe eines Gesetzes, betr. die Bestrafung des Spiels in außerpreußischen Lotterien. Sammlung der Drucksachen des Preußischen Hauses der Abg. 20. Leg.-Per. I. Session 1904/05 Nr. 171 Bd. 4 S. 2578 (2580) — nicht mit eigenartigen Tatbeständen oder mit Einführung eines dem § 2 fremden Tatbestandsmerkmals befassen. Der § 3 spricht überhaupt nicht von „Rückfall“ oder von Bestrafung wegen „Rückfalls“, und es kann deshalb § 4 nicht auf den Fall be-



schränkt werden, wo der Täter schon einmal ausdrücklich wegen Rückfalls oder doch, unter Anführung einer Vorbestrafung nach § 2, erkennbarerweise aus § 3 zur Verantwortung gezogen ist, vielmehr sind die Ausdrücke „fernerer Rückfall“ und „erster Rückfall“ bloß der Kürze halber an Stelle einer wörtlichen Wiederholung der umfangreichen Einleitung des § 3 gebraucht. Nach dem Zusammenhang und dem Zwecke des Gesetzes genügt zur Anwendung der im Vergleiche mit § 2 und § 3 schärfsten Strafvorschrift in § 4 der Umstand, daß der Täter vor Begehung der dritten Tat bereits wegen einer Zuwiderhandlung im Sinne von § 2 rechtskräftig verurteilt worden war, deren er sich nach erstmaliger rechtskräftiger Verurteilung aus § 2 schuldig gemacht hatte. Belanglos erscheint also, ob zur Zeit der zweiten Verurteilung dem Gerichte die erste bekannt gewesen und von ihm als Strafschärfungsgrund gewürdigt worden ist oder nicht. Deshalb reichen gegebenenfalls die beiden rechtskräftigen Verurteilungen des Angeklagten vom 22. Juni 1904 und vom 12. Dezember 1906 zur Anwendung von § 4 des jetzigen Gesetzes aus; jede steht einer Verurteilung aus § 2 desselben gleich und die zweite ist unzweifelhaft wegen einer Vergehung erfolgt, die nach der ersten rechtskräftigen Verurteilung verübt worden war.

Hieraus und aus § 505 Abs. 1 Satz 1 StPO. ergab sich die getroffene Entscheidung.

Konk.-Ord. § 240 Nr. 3 u. 4. HGB. § 4. Der Geschäftsumsatz, mag er auch noch so bedeutend sein, bildet immer nur einen einzelnen Faktor zur Beurteilung des Geschäftsumfanges; ein Viehhändler mit 200 000 Mark Jahresumsatz ist deshalb nicht ohne weiteres aus der Klasse der „Kleingewerbetreibenden“ auszuscheiden.

III. StrS. U. v. 11. November 1909 g. Sch. 3 D 630/09.

Gründe: Die Revision der Staatsanwaltschaft, die von dieser nur soweit aufrecht erhalten worden, als der Angeklagte des Konkursvergehens für nicht schuldig erklärt und dieserhalb freigesprochen ist, konnte keinen Erfolg haben. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte seit dem Jahre 1895 einen Viehhandel und daneben Landwirtschaft betrieben. Der Geschäftsumsatz betrug schließlich etwa 300—400 Stück Vieh im Gesamtwerte von 200 000 Mk. im Jahre. Der Angeklagte betrieb sein Geschäft allein ohne Gehilfen; er schloß im Jahre im ganzen nicht viel mehr als 100 Kaufgeschäfte ab.

Das von dem Angeklagten gekaufte Vieh, das er teils einzeln, teils in größerer Zahl einkaufte, stellte er bei sich ein und verkaufte es möglichst bald wieder, oft gegen bar, mehrfach auf kürzeren oder längeren Kredit. Er selbst bezahlte das von ihm gekaufte Vieh teils in bar, teils durch Hingabe von Wechseln, von denen er jährlich durchschnittlich höchstens 20 Stück ausstellte.

Über seine Geschäfte machte er nur Aufzeichnungen in Notizbüchern, führte aber keine kaufmännischen Bücher und zog auch keine Bilanzen. Der Angeklagte hat dies nach seiner Angabe deshalb unterlassen, weil er sich aus seinen Notizbüchern jederzeit Klarheit über seine Geschäftslage habe verschaffen können und es außerdem bei dem Viehhandel auf dem Lande nicht üblich sei, Bücher zu führen.

Am 13. November 1907 wurde der Konkurs über das Vermögen des Angeklagten eröffnet, in welchem inhalts der Konkurstabelle 15 Handelsgläubiger ihre Forderungen angemeldet haben.

Von der gegen den Angeklagten wegen unterlassener Buchführung und Bilanzziehung (Vergehen gegen § 240 Nr. 3 und 4 KO.) erhobenen Anklage hat der erste Richter ihn um deswillen freigesprochen, weil er wegen des geringen Umfanges seines Geschäfts als Vollkaufmann nicht anzusehen sei, wobei das Gericht auch in Betracht gezogen hat, daß nach dem Gutachten der vernommenen Sachverständigen die Viehhändler auf dem Lande keine kaufmännisch eingerichteten Bücher zu führen pflegen, sondern sich auf kurze Aufzeichnungen beschränken, was die Sachverständigen damit rechtfertigen, daß zwar große Summen im Viehhandel umgesetzt zu werden pflegen, meist aber nur in verhältnismäßig wenigen Geschäften und innerhalb eines engbegrenzten Kreises von Lieferanten und Abnehmern.

Die Revision der Staatsanwaltschaft greift diese Entscheidung insbes. mit der Begründung an, der Angeklagte habe nach der Höhe des Geschäftsumsatzes im Werte von 200 000 Mk. und nach der Zahl der abgewickelten Geschäfte als

Vollkaufmann angesehen werden müssen, da von einem geringen Geschäftsumfange nicht die Rede sein könne.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß das angefochtene Urteil keine erschöpfende und einwandfreie Begründung für die Annahme enthält, daß der Angeklagte Minderkaufmann und infolgedessen zur Führung von Handelsbüchern nicht verpflichtet gewesen ist. Gleichwohl mußte die Revision verworfen werden, da die in dem Urteil festgestellten Tatsachen mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, daß der Angeklagte zu den im § 4 HGB. bezeichneten Gewerbetreibenden gehört. Zwar hat der Angeklagte bereits im Jahre 1895, also unter der Herrschaft des früheren Allgem. Handelsgesetzbuchs, seinen Geschäftsbetrieb begonnen, und es könnte deshalb die Frage entstehen, ob der Angeklagte nicht etwa nach den bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Vorschriften jenes Gesetzes als Vollkaufmann anzusehen war. Einer Prüfung dieser Frage bedurfte es indessen nicht, sofern seine Vollkaufmannseigenschaft nach dem jetzt geltenden Handelsgesetzbuch zu v e r n e i n e n ist. (Vgl. Entsch. **33** 184, 187; **34** 37). Diese aber hat das angefochtene Urteil auf Grund des § 4 HGB. mit Recht verneint.

Zwar muß bei Beurteilung der Frage, ob der Angeklagte zur Führung von Büchern verpflichtet ist oder nicht, der Umstand gänzlich ausscheiden, daß nach dem Gutachten der Sachverständigen die Viehhändler auf dem Lande keine Bücher zu führen pflegen, sich vielmehr auf kurze Aufzeichnungen beschränken. Denn eine gegen die gesetzlichen Vorschriften verstoßende Übung oder Unsitte kommt bei Prüfung der Frage, ob im Einzelfalle ein Gewerbetreibender zur Führung von ordnungsmäßigen Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet ist, nicht in Betracht. Entscheidend ist vielmehr lediglich die Frage, ob der Angeklagte zu den Vollkaufleuten oder zu den sogenannten Kleingewerbetreibenden im Sinne des § 4 HGB. gehört, da nur in letzterem Falle seine Buchführungspflicht entfällt.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Während das frühere Allgem. Handelsgesetzbuch (in Art. 10) bestimmte einzeln aufgeführte A r t e n von Gewerbetreibenden (Höker, Trödler, Hausierer, Wirte usw.) von der Pflicht zur Führung von Handelsbüchern entband und während danach nur solche Personen, die bestimmte A r t e n von Geschäften gewerbsmäßig betrieben, als Kaufleute galten (Art. 4, 271, 272 des Allgem. HGB.), hat dagegen das neue HGB. sowohl den Begriff der Kaufmannseigenschaft, wie den der sogen. Minderkaufleute, d. h. derjenigen Personen, die u. a. zu einer kaufmännischen Buchführung nicht verpflichtet sind, ganz anders bestimmt.

Der § 1 HGB. bezeichnet zunächst diejenigen A r t e n von Geschäften, deren gewerbsmäßiger Betrieb die Kaufmannseigenschaft ohne weiteres verleiht. In den §§ 2 und 3 sind diejenigen Voraussetzungen aufgestellt, unter denen Personen, die a n d e r e, als die im § 1 erwähnten Geschäfte gewerbsmäßig betreiben, die Kaufmannseigenschaft erlangen. Der § 4 endlich schließt gewisse Personen, die eines der im 1 erwähnten Geschäfte gewerbsmäßig betreiben, von einzelnen kaufmännischen Einrichtungen aus und entbindet sie vor allem von der Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern. Als solche Personen bezeichnet das Gesetz einerseits die Handwerker, andererseits diejenigen Personen, „deren Gewerbebetrieb nicht über den U m f a n g des Kleingewerbes hinausgeht." Es fragt sich also nur, ob der Angeklagte nach den vom ersten Richter getroffenen eingangs mitgeteilten Feststellungen als „Kleingewerbetreibender" — nur dies allein kann hier in Frage kommen — im Sinne des § 4 a. a. O. anzusehen ist oder nicht.

Die Annahme der Revision, der Angeklagte könne mit Rücksicht auf die Höhe des Geschäfts u m s a t z e s von jährlich 200 000 Mk. nicht als Minderkaufmann angesehen werden, steht schon mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch, das nicht den U m s a t z, sondern den U m f a n g des Gewerbebetriebes für maßgebend erklärt. „Umsatz" und „Umfang" eines Geschäfts sind aber keineswegs identisch; vielmehr bildet der erstere nur einen einzelnen F a k t o r zur Beurteilung der Größe des Geschäftsumfanges. Es sind Fälle denkbar, in denen ein Gewerbebetrieb mit großem Umsatz von „kleinem Umfange" und umgekehrt ein solcher mit verhältnismäßig geringem Umsatze von großem Umfange sein kann.

Daß auch der Gesetzgeber von dieser dem Sprachgebrauch entsprechenden Auffassung ausgeht, lehrt deutlich die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

In dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs (Drucks. des RT. Nr. 632; 9. Legisl.-Periode, IV. Sess. 1895/97) lautete der Abs. 4 des § 4: „Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäfts u m s a t z e bemessenen Steuerpflicht .... näher festgesetzt wird."

Bei der Beratung des Entwurfs durch die XVIII. Kommission des Reichstags (RT.-Drucks. Nr. 735; 9. Legisl.-Periode, IV. Sess. 1895/97) wurde nun zu § 4 unter anderem der Antrag gestellt, in dem bezeichneten Abs. 4 statt des Wortes „Geschäftsumsatze" zu setzen: „Geschäftsumfange." Dieser Antrag wurde angenommen und zwar aus dem Grunde, weil „die Kommission mit dem Antragsteller der Ansicht war, daß Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag usw. berücksichtigt werden können."

Schon hiernach ergibt sich, daß die Frage, ob ein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, nicht lediglich nach dem Jahres-u m s a t z des Geschäfts beurteilt werden darf. Vielmehr ist dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäß unter einem Geschäft, das über den U m f a n g des Kleingewerbes hinausgeht, als kaufmännischer Großbetrieb sich charakterisiert, nur ein solches zu verstehen, daß nach seiner ganzen Organisation und Einrichtung von einer Beschaffenheit ist, wie diese sich bei größeren kaufmännischen Betrieben findet. In dieser Hinsicht kommt nicht bloß die Größe des Umsatzes und die Höhe des Betriebskapitals, sondern auch die Zahl der alljährlich abgeschlossenen Geschäfte, die Art der Arbeitsteilung, die Zahl der Angestellten, mit deren Hilfe das Geschäft betrieben wird und ähnliche Umstände in Betracht, die einen Schluß auf den Umfang des ganzen Geschäftsbetriebes zulassen.

Geht man aber hiervon aus, so ergibt sich, daß das Geschäft des Angeklagten, das dieser ohne Gehilfen betrieb und das nur eine verhältnismäßig geringe Zahl von Geschäftsabschlüssen mit Verkäufern und Käufern aufwies, wie der erste Richter aus dem geringen Umfange des Wechselverkehrs und der kleinen Zahl der Gläubiger geschlossen hat, als ein Geschäft, das über den Umfang des Kleingewerbes hinausging, n i c h t charakterisiert werden kann.

War schon hiernach der Angeklagte gemäß § 4 HGB. zur Führung von Handelsbüchern nicht verpflichtet, so ist seine Freisprechung von dem Vergehen gegen § 240 Nr. 3 und 4 KO. mit Recht erfolgt.

Hiernach mußte die Revision der örtlichen Staatsanwaltschaft gegen das angefochtene Urteil verworfen werden.

HGB. § 314 Nr. 1. Bilanzverschleierung durch Aufnahme von Wechseln, die von Buchschuldnern gegeben und ordnungsmäßig gebucht, aber n u r für die Zwecke der Bilanzaufstellung gegeben waren und abredegemäß alsbald nach der Bilanzierung zurückgegeben werden sollten.

V. StrS. U. v. 12. November 1909 g. R. u. Gen. 5 D 737/09.

A u s d e n G r ü n d e n: Ein Rechtsirrtum tritt in dem angefochtenen Urteile nirgends hervor. Das Gericht gelangt zu der Feststellung, daß die beiden verstorbenen Direktoren der S'er Bank sich dadurch des Vergehens gegen § 314 Nr. 1 HGB. schuldig gemacht haben, daß sie in den Bilanzen den Stand der Verhältnisse der ihrer Leitung anvertrauten Aktiengesellschaft unrichtig darstellten. Sie ließen sich nämlich, wie dabei als erwiesen bezeichnet wird, vor den Aufsichtsratssitzungen, in denen die Bilanzen der Gesellschaft zur Vorlage gebracht werden mußten, von den jetzigen beiden Angeklagten Wechsel geben, deren Betrag sie deren Konto gutschrieben. Dadurch wurde erreicht, daß das Debitorenkonto der Bank herabgedrückt, und die Tatsache verdeckt wurde, daß den Angeklagten ein höherer Kredit gewährt worden war, als ihrer Kreditwürdigkeit entsprach und nach den für die Direktoren der Bank maßgebenden Vorschriften erlaubt war. Dadurch aber, daß das Debitorenkonto der Bank herabgedrückt und damit gleichzeitig das Wechselkonto, auf dem die von den Angeklagten übergebenen Wechsel gleichfalls eingetragen wurden, heraufgedrückt wurde, gelangte ziffermäßig zum Ausdruck, daß die Forderungen auf dem Debitorenkonto geringer, die auf dem Wechselkonto höher als vor Hingabe der Wechsel waren. Das Gericht ist der Meinung, daß ein derartiges Gebaren nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung unzulässig gewesen sei, und daß deshalb die Direktoren in ihren Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr dargestellt und verschleiert haben.

Ob das geschilderte Verhalten der Direktoren der Bank rechtsgrundsätzlich als unvereinbar mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung und deshalb stets als den Tatbestand des § 314 Nr. 1 HGB. erfüllend zu bezeichnen wäre, kann dahingestellt bleiben. Der erkennende Senat sieht keine ausreichende Veranlassung zu dieser nicht unzweifelhaften Frage Stellung zu nehmen. Denn von einer Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens könnte nur dann überhaupt die Rede sein, wenn die Hingabe der Wechsel beiderseits ernstlich gemeint ist, durch sie also auf der Seite der Bank eine tatsächlich bestehende Wechselforderung begründet, auf der Seite der Wechselgeber eine wirkliche Wechselverpflichtung zur Entstehung gebracht werden soll. Das trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu. Wie das Gericht nämlich weiter als erwiesen bezeichnet, standen hier überall keine ernsthaft gemeinten Rechtsgeschäfte, sondern nur Scheingeschäfte in Frage. Die Angeklagten wollten sich durch die Wechsel nicht verpflichten und erhielten sie nach den Aufsichtsratssitzungen wieder zurück. Wenn trotzdem in den Büchern der Bank den Angeklagten die Wechselbeträge gutgeschrieben, und dadurch deren der Bank gegenüber bestehende Verbindlichkeiten bis zu der erlaubten und zulässigen Höhe als durch Wechsel gedeckt bezeichnet wurden, ihr Konto also insoweit als ausgeglichen erschien, so war das zweifellos unzulässig. Die notwendige Folge aber war, daß die auf den Eintragungen in den Büchern der Bank beruhenden Bilanzen gleichfalls unrichtig waren. Bei dieser Sachlage hat das Gericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß in dem Verhalten der Direktoren der Bank eine Verschleierung des Sachverhaltes und damit der Tatbestand des § 314 Nr. 1 HGB. gegeben sei.

Auch die weitere Annahme des Gerichtes, daß die beiden Angeklagten durch Hingabe der Wechsel zu dem von den Direktoren der Bank verübten Vergehen Beihilfe geleistet haben, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Denn sie haben durch ihre Tätigkeit die Ausführung des Vergehens überhaupt erst ermöglicht. Daß darin objektiv eine Förderung der den Direktoren zur Last fallenden Straftaten lag, unterliegt keinem Bedenken. Die Angeklagten haben aber, wie das Gericht ferner feststellt, den Sachverhalt gekannt und gewußt, weswegen vor den Aufsichtsratssitzungen von ihnen die demnächst zurückgegebenen Wechsel verlangt wurden. Sie wußten also auch, daß durch die in Rede stehende Manipulation mit ihnen der Stand der Verhältnisse bei der Bank unrichtig dargestellt wurde. Daß in der Hingabe der Wechsel, worauf die Revisionen der Angeklagten hinweisen, keine „an sich rechtswidrige" Handlung enthalten war, ist bedeutungslos, da feststeht, daß sie nicht im ordnungsmäßigen kaufmännischen Geschäftsverkehr, sondern lediglich zu dem Zwecke erfolgte, um die erwähnte unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft herbeizuführen. Von welchen Beweggründen die Angeklagten dabei geleitet wurden, kommt gleichfalls nicht in Betracht. Entscheidend ist vielmehr allein, daß sie alle Begriffsmerkmale der Haupttaten kannten und wußten, durch ihr Verhalten werde zu deren Verwirklichung beigetragen. Sie waren auch, wie das Gericht ausdrücklich als erwiesen bezeichnet, mit diesem Erfolge einverstanden. Die Annahme des Gerichtes, daß sie wissentlich zu den von den Direktoren verübten Straftaten Beihilfe geleistet haben, erscheint demnach rechtlich bedenkenfrei. Es enthält auch keinen Widerspruch, wenn der Vorderrichter einerseits davon ausgeht, die Angeklagten seien der Meinung gewesen, die Mitglieder des Aufsichtsrates hätten von den in Rede stehenden Vorgängen Kenntnis, andererseits, die Angeklagten seien sich bewußt gewesen, bei einer ordnungswidrigen Darstellung der Vermögensverhältnisse mitzuwirken. Denn sie wußten, daß die ihnen bekannten Buchungen in den Büchern der Bank unter den obwaltenden Umständen nicht erfolgen durften. Die Pflicht zu einer wahrheitsgemäßen Darstellung der Verhältnisse, insbesondere bei Aufstellung der Bilanz, ist den Direktoren aber im öffentlichen Interesse gegeben. Es soll dadurch ein Schutz gewährt werden gegen unlauteres und schädliches Geschäftsgebaren nicht bloß den Mitgliedern des Aufsichtsrates, sondern der Gesellschaft überhaupt und allen denjenigen, die zu ihr in rechtlichen Beziehungen stehen oder solche in Aussicht nehmen (vgl. Entsch. **41** *293, 298*). Der Tatbestand des angewendeten Strafgesetzes ist deshalb gegeben, wenn eine Bilanz mit unwahrem Inhalt von den Direktoren mit dem Willen veröffentlicht wird, daß sie als für die Verhältnisse der Gesellschaft maßgebend angesehen werden solle. Eine bestimmte auf Täuschung Dritter, als den Erfolg der Handlung, gerichtete Absicht erfordert das Gesetz nicht (vgl. Entsch. **14** 80, 83). Es genügt deshalb für den subjektiven

Tatbestand, daß die Täter Kenntnis von der Unrichtigkeit der Bilanz und des damit gegebenen unrichtigen oder verschleierten Standes der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft hatten.

Demnach war die Verwerfung der Revision geboten.

StGB. § 164 Abs. 2. Ist die Beschwerde gegen einen die Strafverfolgung ablehnenden Bescheid der Staatsanwaltschaft vom Oberstaatsanwalt abgelehnt, so ist das Verfahren noch bis zum Ablauf der einmonatigen Frist für die Beschwerde aus § 170 StPO. „anhängig".

III. StrS. U. v. 15. November 1909 g. A. 3 D 735/09.

Aus den Gründen: Begründet ist die lediglich prozessuale Rüge wegen Verletzung des § 164 Abs. 2 StGB. Angeklagter hatte in den Anzeigen vom 30. August und 17. September 1908, welche die Grundlage der Verurteilung nach § 164 StGB. bilden, verschiedene Beamte der widerrechtlichen Gefangenhaltung beschuldigt. Ob auf diese Anzeige hin ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet und, wenn dies der Fall war, ob und wann es — etwa stillschweigend — eingestellt wurde (Entsch. 28 185), lassen die Beiakten nicht ersehen und es kann deshalb nicht beurteilt werden, ob etwa schon in einem früheren Zeitpunkte die Vorschrift des § 164 Abs. 2 der Fortführung des Verfahrens gegen den Angeklagten entgegenstand; wohl aber ergeben die erwähnten Akten soviel, daß Angeklagter, nachdem er mit Eingabe vom 12. Juni 1909 Bescheid auf seine Anzeigen gemäß § 169 StPO. verlangte, solchen am 19., zugestellt 23. Juni 1909 erhielt, dahin lautend, daß auf Grund seiner Anzeigen eine Anklage nicht erhoben werden könne. Gegen diesen Bescheid beschwerte er sich bei der Oberstaatsanwaltschaft, die die Beschwerde mit Beschluß, zugestellt am 6. Juli 1909 zurückgewiesen zu haben scheint. Der Beschluß selbst befindet sich nicht bei den Akten. Gegen diesen Beschluß stand dem Angeklagten nach § 170 StPO. binnen einem Monate der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu. Zur Zeit der Erlassung des Urteils — 10. Juli 1909 — war also offensichtlich ein Verfahren auf die vom Angeklagten seinerzeit erstatteten Anzeigen hin eingeleitet und noch anhängig und es mußte deshalb nach der zwingenden Vorschrift des § 164 Abs. 2 StGB. mit der Entscheidung über die falsche Anschuldigung inne gehalten werden. Dies ist nicht geschehen und dadurch ist das Gesetz verletzt.

StPO. §§ 260, 261 in Verb. mit StGB. § 360 Nr. 8 und Preuß. ALR. Teil II Tit. 9 §§ 17—20, 95, Anh. § 120. Im Gebiete des Preuß. Allgemeinen Landrechts ist das Strafgericht, das über die Anklage aus § 360 Nr. 8 StGB. wegen unbefugter Annahme von Prädikaten des niederen Adels zu urteilen hat, an die Entscheidung des Heroldsamts, daß dem Angeklagten das angenommene preußische Adelsprädikat nicht zustehe, gebunden.

II. StrS. U. v. 19. November 1909 g. F. 2 D 641/09.

Das Urteil mit Gründen ist abgedruckt in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 43 S. 33—44. Wegen der Wichtigkeit des Urteils wird hier auf dasselbe besonders hingewiesen.

Reichs-Erbschaftssteuergesetz v. 3. Juni 1906 (RGBl. S. 654) §§ 49, 50. Landes-Erbschaftssteuergesetz für Elsaß-Lothringen v. 29. Juni 1907 (G.-Bl. f. Els.-Lothr. S. 71) Art. 9 1. Die Geldstrafe „im 2—4fachen Betrage der Erbschaftssteuer" ist auch dann festzusetzen, wenn wenigstens der Mindestbetrag der Steuer ermittelt werden kann. 2. Kommt es zur Festsetzung der in zweiter Linie angedrohten Pauschalstrafe, so ist die nach dem Reichserbschaftssteuergesetz verwirkte Pauschalsumme wegen des Landessteuerzuschlages zu erhöhen, wobei der Richter einen Pauschbetrag als hinterzogen ins Auge fassen wird.

I. StrS. U. v. 25. November 1909 g. L. 1 D 660/09.

Aus den Gründen: Die Angeklagte hatte in einer Erbschaftssteuererklärung, die sie gemeinschaftlich mit zwei Brüdern über den Bestand des Nachlasses ihrer verstorbenen Schwester abzugeben hatte, wissentlich und in Hinterziehungsabsicht verschwiegen, daß zu dem Nachlaß eine verzinsliche Forderung an ein Bankgeschäft im Kapitalwert von 4000 Mk. und Wertpapiere, nämlich

„12 000 Mk. Deutsche Reichsanleihe", gehörten. Obwohl die Angeklagte die Erbschaftssteuer nur zu ⅓ zu entrichten hat, ist sie auf Grund dieser Feststellungen für die Hinterziehung des gesamten Betrages strafrechtlich verantwortlich zu machen, um welchen sich bei Zurechnung der verschwiegenen Werte zu dem Nachlaß die fiskalische Steuerforderung gegen die steuerpflichtigen Erben erhöht haben würde, denn jeder einzelne Steuerpflichtige muß in der Erbschaftssteuererklärung ein vollständiges Verzeichnis der zur steuerpflichtigen Masse gehörenden Gegenstände aufstellen, sonach bei ungeteiltem Nachlaß die gesamte Masse angegeben. (§§ 36, 37 EStG. zu vgl. §§ 32, 42).

Der Tatbestand des § 50 des Erbschaftssteuergesetzes ist sonach einwandfrei nachgewiesen. Die verwirkte Strafe war gemäß § 49 das. eine Geldstrafe im 2—4fachen Betrag der Erbschaftssteuer von „dem betreffenden Erwerb". Die Steuer bemißt sich nach § 10 Abs. I, 2 28, 29, 16 des Ges. auf 4 Prozent des Wertes des „betreffenden Erwerbs" zur Zeit des Anfalls, also am Todestage des Erblassers (§ 1922 BGB.). Da dieser Wert die rechnerische Grundlage der zu erkennenden Strafe bildet, ist seine Festsetzung Sache der richterlichen Entscheidung. Deshalb war eine Feststellung darüber geboten, wie hoch sich die Forderung an das Bankgeschäft einschließlich der Zinsen am Todestag belief, welches der Kurswert der Reichsschuldverschreibungen damals war und welcher Zinsenanteil aus den noch vorhandenen Zinsabschnitten als an diesem Tage verfallen der Erbschaftsmasse zuzurechnen war. Eine solche Berechnung findet sich im Urteil nicht. Dort ist vielmehr zunächst angenommen, es sei ein Wert von „rund 16 000 M." verschwiegen worden, dann aber ausgeführt, die Erbschaftssteuer könne nicht ermittelt werden, weil „heute" die Höhe des Zinssatzes der deutschen Reichsanleihen (vermutlich deshalb auch ihr Kurswert) nicht festgestellt werden könne und ebensowenig die Fälligkeitstermine der Kupons. Daher ist die Strafe nicht nach einem Mehrfachen der Steuer berechnet, wie es die Strafbestimmungen an erster Stelle vorsehen, sondern auf eine nach freiem Ermessen festgesetzte Geldstrafe von 1000 M. erkannt, die das Gesetz nur dann zuläßt, wenn der Betrag der Steuer nicht zu ermitteln ist, während bei Zugrundelegung einer 4prozentigen Abgabe von „rund 16 000 M." die aus dem Reichserbschaftssteuergesetz verwirkte Strafe 1280—2560 M. betragen hätte.

Hat die Strafkammer die ihr obliegenden Feststellungen nur deshalb zu treffen unterlassen, weil in der Verhandlung („heute") die nötigen Unterlagen dafür nicht beschafft werden konnten, sondern weitere Beweiserhebungen erforderlich gewesen wären, so hat das Gericht, indem es seine Verpflichtung, diese anzuordnen außer acht ließ, das Gesetz verletzt; die Feststellung, daß die Steuer nicht zu ermitteln sei, beruht dann überhaupt auf Rechtsirrtum. Hat aber das Gericht angenommen, daß der Wert der Papiere und der zu besteuernde Zinsbetrag überhaupt nicht mehr nachgewiesen werden könne, etwa weil die Papiere inzwischen verkauft, abhanden gekommen oder mit anderen Schuldverschreibungen gleicher Art vermengt worden seien, so daß die Stücke und ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Anleihe nicht mehr zu ermitteln und ihr Wert ziffernmäßig nicht mehr festzustellen sei, so liegen trotzdem die Voraussetzungen nicht vor, unter denen der geschuldete Steuerbetrag nicht zu ermitteln ist. Denn ein bestimmter Mindestwert von Schuldverschreibungen des Reichs im Nennwert von 12 000 M. ist unter allen Umständen zu ermitteln, es brauchte nur der für den Todestag verzeichnete Kurswert der am niedrigsten stehenden und am niedrigsten verzinslichen Anleihe festgestellt und der Steuerberechnung zugrunde gelegt zu werden. Genau wie die Steuerbehörde verpflichtet war, die Steuer von diesen Papieren nach dem überhaupt noch nachweislichen Wert zu berechnen, war es auch das Gericht.

Nach den Urteilsgründen kann es weiter zweifelhaft sein, ob die Angaben der Angeklagten, die das Gericht als nicht widerlegt erachtet und seinen Feststellungen zugrunde legt, dahin zu verstehen sind, daß der Erblasserin bestimmte, nach Nummern bezeichnete Stücke Reichsanleihe ausschließlich zu Eigentum gehört haben und Bestandteil ihres Nachlasses bildeten, oder ob sie nur an den gesamten Stücken Reichsanleihe, die zu dem gemeinschaftlichen und von der Angeklagten verwalteten Bestand an Wertpapieren der drei Geschwister gehörten, in der Weise anteilsberechtigt war, daß bei Vornahme einer Teilung auf sie 12 000 M., also die Hälfte der vorhandenen Stücke im Nennwert von 24 000 M. entfallen sein würde. Wäre das der Fall, so ist nicht einzusehen, warum dieser Anteil an der gemeinschaftlichen Masse, der dann Gegenstand der Vererbung war, sich der Berechnung entziehen sollte, falls die gesamte Anzahl

der Wertpapiere noch vorhanden ist; vorausgesetzt daß mit „12 000 M." nicht schon überhaupt der Wert dieses Anteils zahlenmäßig ausgedrückt sein sollte.

Weiter ist in dem Urteil übersehen, daß die Angeklagte auch die nach Art. 1 Nr. 2, Art. 8 I des Elsaß-Lothringischen Landeserbschaftssteuergesetzes (GBl. 1907 S. 71 § 58 des Reichserbschaftssteuergesetzes) zu erhebenden Zuschlagsbeträge hinterzogen und die in Art. 9 a. a. O. angedrohte Strafe verwirkt hat, so daß sich bei Zugrundelegung eines absichtlich verschwiegenen Wertbetrages von 16 000 M. die oben berechnete Hinterziehungsstrafe um weitere 800—1600 M. erhöhen würde. Überdies hätte eine Erhöhung der verwirkten Geldstrafe nach Maßgabe des Landesgesetzes auch dann stattfinden müssen, wenn die Annahme des Urteils richtig wäre, daß der Betrag der hinterzogenen Steuer ziffermäßig nicht zu ermitteln und deshalb auf eine Geldstrafe zu erkennen sei, die sich nicht nach dem Mehrfachen der Steuer bemißt, sondern nach dem Ermessen des Richters festgesetzt wird, der dabei einen Pauschbetrag als hinterzogen ins Auge fassen wird.

Nach Vorstehendem ist die Annahme, die Steuer sei nicht zu ermitteln, unzureichend und rechtsirrig begründet, andererseits bieten aber die Urteilsfeststellungen auch keine geeignete Grundlage für die Berechnung und Festsetzung des Steuerbetrages, so daß die verwirkte Strafe vom Revisionsgericht selbständig berechnet und in ihrem niedrigsten Betrag ausgesprochen werden könnte.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 § 13. Das Wort „Technolexikon" enthält keine reine und ausschließliche Beschaffenheitsangabe einer Ware, ist vielmehr zugleich eine neue und eigentümliche Wortbezeichnung, die zur Kennzeichnung der aus einem bestimmten Geschäftbetriebe stammenden Waren geeignet ist; § 13 findet daher keine Anwendung.

IV. StrS. U. v. 30. November 1909 g. Sch. 4 D 923/09.

Aus den Gründen: Die Revision muß ohne Erfolg bleiben.

Daß die nach Eintragung des einem anderen geschützten Warenzeichens bewirkte Eintragung der das zeichenrechtlich geschützte Wort als nicht notwendigen Zusatz enthaltenden Firma des Angeklagten diesem den Schutz des § 13 des Warenbezeichnungsgesetzes nicht verschafft hat, ist im Urteil mit rechtlich einwandfreier Begründung nachgewiesen. Der Beschwerdeführer sucht aber darzulegen, daß die Eintragung des fremden Zeichens „Technolexikon" ihn nicht hindere, sein Lexikon mit dem gleichen Worte zu bezeichnen, weil dasselbe eine Beschaffenheitsangabe sei und er es nur als solche habe gebrauchen wollen. Dieser Einwand geht fehl. § 13 aO. hat nur diejenigen Angaben über die Beschaffenheit einer Ware im Auge, die sich ausschließlich als solche kennzeichnen und die wegen der allgemeinen Gepflogenheit, die Ware auch durch Hinweise auf ihre Beschaffenheit zu empfehlen, im Interesse der Verkehrsfreiheit nicht zum Sondergut eines einzelnen erklärt werden dürfen, deren sich der Verkehr bedienen muß, um die Waren zu beschreiben, und die deshalb als Gemeingut aller angesehen werden müssen. Erwägungen dieser Art sind aber nicht in dem Fall am Platze, wo jemand zur Bezeichnung seiner Waren eine eigentümliche Wortbezeichnung schafft und sich schützen läßt, die, wenn sie auch vermöge ihrer Wortbildung einen erkennbaren Hinweis auf die Beschaffenheit enthält, doch als Beschaffenheitsangabe nicht verkehrsüblich, vielmehr infolge ihrer Neuheit und Eigentümlichkeit zur Unterscheidung der aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe stammenden Waren geeignet ist. In solchen Fällen liegt keine reine und ausschließliche geschäfts- oder verkehrsübliche Beschaffenheitsangabe, sondern — mindestens zugleich — eine willkürliche und eigenartige Namensgebung für bestimmte Waren vor. Und dieser Umstand hindert die Befugnis des beliebigen Dritten, dasselbe Wort als Angabe über die Beschaffenheit seiner Ware zu verwenden.

Ein solcher Fall liegt nach den Urteilsfeststellungen hier vor. Die Strafkammer hat angenommen,

> „daß das Wort ‚Technolexikon', obwohl der Wortteil ‚Techno' eines Stammes mit ‚technisch' und ‚Technik' sei, so daß der Leser oder Hörer möglicherweise an ein technisches Wörterbuch denken könne, keine übliche Bezeichnung eines solchen sei; daß das genannte Wort früher überhaupt nicht üblich gewesen, vielmehr erst von dem Vorstande des Vereins Deutscher Ingenieure gebildet und verwendet worden sei; daß dieses Wort für die Zeit seiner Eintragung als Warenzeichen nicht die Angabe der



Beschaffenheit einer Ware, insbes. nicht die Angabe, es handele sich um ein Lexikon der technischen Wissenschaften, enthalten habe, daß es vielmehr ein neugebildetes Schlagwort zur Kennzeichnung der besonderen Ware des genannten Vereins gewesen sei."

Diese auf dem Gebiete der tatsächlichen Beurteilung liegenden und insoweit einer Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogenen Feststellungen rechtfertigen die Nichtanwendung der in § 13 des Warenbezeichnungsgesetzes für Angaben über die Beschaffenheit von Waren getroffenen Ausnahmebestimmung.

Auch im übrigen hat die Prüfung des Urteils einen Rechtsirrtum in der Anwendung des Strafgesetzes auf den festgestellten Sachstand nicht erkennen lassen. Die Revision ist daher zu verwerfen.

StGB. § 193. Auch einem Seelsorger steht an sich kein besonderes berechtigtes Interesse und keine Befugnis zur Vertretung einer politischen Partei und deren Angehörigen zu. Dagegen kann der Seelsorger in dieser amtlichen Eigenschaft ein berechtigtes amtliches Interesse haben, einen Schulleiter, seinen politischen Gegner, zu entfernen und die seiner Seelsorge unterworfenen Schüler des Schulleiters dessen Einflusse zu entziehen. Form der Wahrnehmung dieses Interesses.

I. StrS. U. v. 2. Dezember 1909 g. M. 1 D 534/09.

Aus den Gründen: Soweit aus den Feststellungen des Urteils zu entnehmen ist, hat die in öffentlicher Versammlung gemachte Äußerung des Angeklagten, Pfarrers M., der Nebenkläger „habe andere zum Treubruch verleiten wollen", sich darauf bezogen, daß der Nebenkläger bei der Werbetätigkeit für die Landtagswahl als Gegner der Zentrumspartei ein Flugblatt mit unterzeichnet hatte, in dem mit Rücksicht auf Kompromißverhandlungen zwischen den Konservativen und der Zentrumspartei die evangelischen Bauern aufgefordert wurden, der Zentrumspartei keine Gefolgschaft zu leisten.

Die Strafkammer hat den erhobenen Vorwurf als unbegründet und an sich beleidigend erklärt, dem Angeklagten jedoch den Schutz des § 193 StGB. zugebilligt, indem sie angenommen hat, daß er in gutem Glauben gehandelt und als Angehöriger der Zentrumspartei und Seelsorger eines großen Teiles „der Angegriffenen", noch mehr aber als Seelsorger eines großen Teiles der Schüler des Nebenklägers berechtigte Interessen gewahrt habe.

Welcher Art die „Angriffe" des Flugblattes gewesen sein sollen, wird im Urteil nicht ausdrücklich festgestellt, und es wird auch nicht näher ausgeführt, in welchem Sinne der Angeklagte hiergegen als Angehöriger der Zentrumspartei und Seelsorger von „Angegriffenen" in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt haben soll. Nach der Sachlage scheint es sich nur um Angriffe gegen die Zentrumspartei gehandelt zu haben, die sachlich gehalten waren und einer Spitze gegen irgend eine bestimmte Person entbehrten. Dann aber stand nur das allgemeine Parteiinteresse in Frage, und die bloße Eigenschaft des Angeklagten als eines Parteiangehörigen konnte für ihn nicht das nach § 193 StGB. zu fordernde persönliche Interesse begründen, das ihn berechtigt hätte, seinem politischen Gegner in einer dessen Ehre verletzenden Weise entgegenzutreten (Rechtspr. 8 714; Entsch. **40** 101, 103). Dasselbe hat selbstredend von den Parteigenossen des Angeklagten zu gelten, und es ist ihm daher auch insofern die Wahrung berechtigter Interessen im Sinne des Gesetzes nicht zuzubilligen, als er nach Annahme der Strafkammer als Seelsorger in Vertretung anderer „Angegriffener" gehandelt haben soll, ganz abgesehen davon, daß es begrifflich und rechtlich ausgeschlossen sein muß, sich für die Befugnis zur Vertretung einer staatsbürgerlichen Partei oder ihrer Angehörigen auf die Rechte und Pflichten eines Seelsorgers zu berufen.

Soweit die Strafkammer dem Angeklagten als Seelsorger von Schülern des Nebenklägers die Wahrung berechtigter Interessen zubilligt, sucht sie dies damit zu rechtfertigen, daß der Angeklagte geglaubt haben möge, die Schüler würden durch das Verhalten des Nebenklägers gefährdet; es sei dem Angeklagten offenbar darauf angekommen, die Entfernung des Nebenklägers von seinem Posten zu betreiben, und er habe der Ansicht sein dürfen, daß „eine kräftig einsetzende Bewegung in der Bevölkerung imstande sein werde, die Abberufung des Nebenklägers bei der zuständigen Behörde zu veranlassen." Der Strafkammer soll zugegeben werden, daß es ein berechtigtes Interesse des Angeklagten sein könnte, die seiner Seelsorge unterstehenden Schüler des Nebenklägers dessen Einflusse zu entziehen, wenn der Nebenkläger ein Mann wäre,



der „Andere zum Treubruch verleiten wollte". Ein solches berechtigtes Interesse könnte aber der Angeklagte nur in seiner amtlichen Eigenschaft als Seelsorger haben; nur seine amtliche Stellung ließe ihn zur Vertretung der Interessen der Schüler berufen erscheinen. Das für den Angeklagten selbst sich ergebende Interesse wäre ein amtliches Interesse, und die Wahrung desselben würde einen Teil der amtlichen Tätigkeit des Angeklagten zu bilden haben. Demzufolge müßte der Angeklagte in der Versammlung, bei der er die beleidigende Äußerung gegen den Nebenkläger gemacht hat, in seiner amtlichen Eigenschaft als Seelsorger aufgetreten sein, wenn sein Handeln als Ausfluß der Wahrung jener Interessen erachtet werden sollte; tatsächlich hat aber der Angeklagte an der Versammlung nicht in seiner amtlichen Stellung teilgenommen, sondern als Privatperson und Staatsbürger, und in dieser Eigenschaft hatte er rein seelsorgeramtliche Interessen nicht zu vertreten. Dazu kommt, daß das etwaige seelsorgeramtliche Interesse des Angeklagten, den Nebenkläger als Schulvorstand zu beseitigen, mit dem parteipolitischen Interesse des Angeklagten, den Nebenkläger als politischen Gegner zu bekämpfen, überhaupt nichts gemein haben könnte. Die beiden Interessenarten würden auf wesentlich verschiedenen Gebieten liegen, und es würde dem Angeklagten nicht das Recht einzuräumen sein, sich in der amtlichen Angelegenheit einen Erfolg dadurch zu verschaffen, daß er seinen amtlichen Gegner als politischen Gegner angreifen und die „Bevölkerung" zu einer „kräftig einsetzenden Bewegung" bringen, also kurz gesagt aufhetzen würde. Eine solche Kampfesweise würde nicht nur gegen die öffentlich-rechtliche Ordnung der Ausübung amtlicher Befugnisse, sondern auch gegen die allgemeinen Anschauungen über Anstand und gute Sitte verstoßen und den Schutz des § 193 StGB. nicht genießen können.

Die Annahme der Strafkammer, daß der Angeklagte M. zur Wahrung berechtigter Interessen im Sinne der obenangeführten Gesetzesstelle gehandelt habe, ist daher rechtlich in jeder Hinsicht verfehlt.

StPO. § 255. Qualifikationsberichte militärischer Vorgesetzter sind, sofern sie Angaben und Urteile über die sittliche Lebensführung enthalten, als Leumundszeugnisse zu erachten und deshalb i n s o w e i t nicht verlesbar.

IV. StrS. U. v. 7. Dezember 1909 g. S. 4 D 847/09.

A u s d e n G r ü n d e n : Der Beschwerde über Verletzung des § 255 StPO. kann der Erfolg nicht versagt werden. Die in der Hauptverhandlung verlesenen von den früheren militärischen Vorgesetzten des Angeklagten ausgestellten Qualifikationsberichte sind als Zeugnisse und Gutachten öffentlicher Behörden anzusehen und durften daher, soweit sie sich nicht als Leumundszeugnisse darstellen, verlesen werden. Die Qualifikationsberichte vom 9. Okt. 1903, 22. Nov. 1904, 17. Okt. 1907 und 28. Apr. 1908 enthalten aber neben Mitteilungen über die Befähigung, die militärischen Leistungen, das dienstliche Verhalten, Körperbeschaffenheit, Vermögensverhältnisse, gesellige Eigenschaften und dergleichen auch Angaben und Urteile über die s i t t l i c h e L e b e n s f ü h r u n g des Angeklagten. I n s o w e i t sind sie L e u m u n d s z e u g n i s s e, deren Verlesung, selbst mit Einwilligung des Angeklagten nach § 255 StPO., unzulässig war. Da nach dem Sitzungsprotokoll angenommen werden muß, daß der g a n z e Inhalt der Qualifikationsberichte verlesen wurde, ist das Gesetz verletzt. Das Urteil muß auch als auf diesem Verstoße beruhend erachtet werden, weil nach den Urteilsgründen nicht auszuschließen ist, daß die Strafkammer den nicht verlesbaren Teilen der Qualifikationsberichte bei der Entscheidung Wert beigelegt hat.

Das Urteil kann daher nicht aufrecht erhalten werden.

StGB. §§ 113, 117. GVG. § 153. Die durch gemeinschaftlichen Erlaß des Preuß. Ministers des Innern und des Justizministers v. 23. November 1881 (s. Allg. Verf. des Justizministers v. 9. Oktober 1882 JMBl. S. 312) zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellten Königl. Preuß. Forstaufseher erlangen diese Eigenschaft durch die erfolgte Verpflichtung und Beeidigung nicht als p e r s ö n l i c h e, sondern haben sie nur als d i e n s t l i c h e Pflicht und Befugnis, mithin nur so lange und soweit sie als K ö n i g l i c h e Forstschutzbeamte in Dienst sind. Stehen sie im Gemeindedienst, so muß ihnen durch besondere Vorschrift die Hilfsbeamteneigenschaft verliehen sein.

V. StrS. U. v. 17. Dezember 1909 g. Sch. 5 D 1040/09.

A u s d e n G r ü n d e n : Bedenken bestehen gegen die Anwendung des § 117 StGB. wegen Widerstandes gegen den Gemeindeförster W. In dieser Be-

ziehung sind die Urteilsgründe widerspruchsvoll, teilweise rechtsirrig und nicht ausreichend, die Entscheidung zu tragen. Der Angeklagte hat mit Gewalt und Drohung Widerstand geleistet, als der Förster W. bei ihm nach gefreveltem Holze Haussuchung hielt. Um darzutun, daß W. in rechtsmäßiger Ausübung seines Amtes handelte, stellt der Erstrichter zunächst fest, daß W. vereideter Königlicher Forstaufseher und bei der Gemeinde P., in deren Wald der Frevel begangen wurde, beschäftigt war; er hebt sodann hervor, daß W. die Durchsuchung als Forstbeamter vornahm, „weil er in unmittelbarem Anschluß an die Entdeckung des Holzfrevels im Walde sich zu dem Gehöfte des Täters begab", und beruft sich zur Stütze seiner Ansicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts v. 13. Dezember 1892 (Entsch. **23** 358); er weist endlich darauf hin, daß nach der preußischen Justizministerialverfügung vom 9. Oktober 1882 „die Königlichen Forstaufseher Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind". Allein die tatsächlichen Feststellungen des Urteils sind mit der Annahme unvereinbar, daß die Durchsuchung nur das Ende einer aus dem Walde unmittelbar und ununterbrochen bis ins Haus fortgesetzten Nacheile gebildet habe. Denn nach diesen Feststellungen ist der Angeklagte beim Forstfrevel im Walde nicht von dem Förster, sondern vom Feldhüter betroffen worden. Der Förster wurde erst nachher von dem Feldhüter geholt, traf im Walde nur die achtjährige Tochter des Angeklagten, erfuhr von ihr, daß die Eltern eine Last Holz nach Hause getragen, und begab sich dann mit dem Feldhüter zur Haussuchung ins Gehöft. Es handelte sich also nach diesen Feststellungen um den Fall, daß die Durchsuchung zwar durch Wahrnehmungen im Forste veranlaßt wurde, die Tätigkeit des amtlichen Eingreifens aber nicht eine Nacheiletätigkeit war. Für solche Fälle aber hat gerade die Entscheidung des Reichsgerichts v. 13. Dezember 1892 ausgesprochen, daß die Durchsuchung nicht in den Rahmen der forstamtlichen Tätigkeit fällt, sondern einen für sich bestehenden Verfolgungsakt eines Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bildet. Nicht § 117 StGB., sondern § 113 StGB. war also zur Anwendung heranzuziehen. Aber auch die Annahme, daß der Förster W. zur Vornahme der Durchsuchung berechtigt gewesen sei, weil er „als Königlicher Forstaufseher" die Eigenschaft eines Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft gehabt habe, ist nicht bedenkenfrei. Zwar sind durch die Verfügung vom 9. Oktober 1882 die Königlichen Forstaufseher zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt, aber sie haben, wie die Natur der Sache und der Wortlaut der Verfügung ergibt, diese Eigenschaft nicht als persönliche Eigenschaft kraft ihrer einmal erfolgten Verpflichtung und Beeidigung als Königliche Forstaufseher, sondern nur als dienstliche Pflicht und Befugnis, mithin nur so lange und soweit sie als Königliche Forstschutzbeamte im Dienste sind. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Erstrichters war W. Gemeindeförster. Er stand also im Gemeindedienste. Der Forstfrevel, um den es sich handelte, war im Gemeindewalde begangen. Daß W. außer im Gemeindedienste auch noch im Königlichen Dienste gestanden wäre und in diesem Dienste gehandelt hätte, als er dem Frevel im Gemeindewalde nachging, ist im Urteil nirgends festgestellt. Mangels einer solchen Feststellung aber durfte seine Befugnis zur Vornahme der Haussuchung nicht auf die Allgemeine Verfügung vom 9. Oktober 1882 unmittelbar gegründet werden, sondern es mußte untersucht werden, ob W. „als Gemeindeförster" auf Grund besonderer Vorschriften — wie der Allgemeinen Verfügung v. 2. Februar 1883 (JMBl. 1883 S. 28) oder der Allgemeinen Verfügung v. 3. Januar 1899 (JMBl. 1899 S. 9) — die Eigenschaft eines Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft hatte. Da es an einer solchen Untersuchung gebricht, fehlt es auch an einer einwandfreien Darlegung, daß der von dem Angeklagten geleistete Widerstand sich gegen eine rechtmäßige Amtsausübung richtete. Das angefochtene Urteil konnte darum, soweit es auf Grund des § 117 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs ergangen ist, auch aus diesem Grunde nicht aufrecht erhalten werden.

StGB. § 304. Zertrümmerung der Fensterscheiben einer Kapelle als Beschädigung eines dem Gottesdienste gewidmeten Gegenstandes, nämlich der Kapelle selbst. Die Zertrümmerung von Blumenvasen auf dem Altar der Kapelle erfüllt dagegen den Tatbestand nicht schon deshalb, weil die Vasen dazu bestimmt waren, die Aufmerksamkeit der Gläubigen auf den Altar als den Mittelpunkt des Gottesdienstes hinzulenken.

V. StrS. U. v. 17. Dezember 1909 g. N. u. Gen. 5 D 1026/09.

Aus den Gründen: Der Erstrichter stellt fest, daß jeder der drei Angeklagten an der dem Gottesdienste gewidmeten Kapelle zu N. vorsätzlich und

rechtswidrig durch Steinwürfe eine Fensterscheibe eingeworfen hat und daß die Angeklagten N. und R. ferner auch noch je eine der auf dem Altar der Kapelle stehenden Blumenvasen zertrümmert haben, und verurteilt deshalb auf Grund des § 304 StGB. wegen Vergehens der Beschädigung von Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, jeden der drei Angeklagten zu einer Geldstrafe von 10 Mk.

Die Rüge der Verkennung des Begriffs der dem Gottesdienste gewidmeten Sache ist jedenfalls insofern unbegründet, als sie die Fensterscheiben betrifft. Denn diese sind wesentliche Bestandteile der Kapelle. Mit ihrer Zertrümmerung ist die Kapelle beschädigt und, daß diese dem Gottesdienste gewidmet ist, wird in den Gründen des angefochtenen Urteils einwandfrei dargetan. Ob auch die auf dem Altar der Kapelle befindlichen, wahrscheinlich mit dem Altar nicht fest verbundenen, sondern nur auf ihm aufgestellten, Blumenvasen mit Recht als „dem Gottedienste gewidmete Sachen" erachtet worden sind, läßt sich aus den Urteilsgründen nicht mit gleicher Sicherheit erkennen. Der für diese Annahme im Urteil angegebene Grund, daß jene Vasen dazu beitragen sollen, die Aufmerksamkeit der Gläubigen auf den Altar als den Mittelpunkt des Gottesdienstes zu lenken, vermag für sich allein die Annahme, daß die Vasen dem Gottesdienste gewidmete Sachen sind, nicht zu rechtfertigen. Der Grundsatz, daß jeder Gegenstand, der die Aufmerksamkeit auf eine dem Gottesdienst gewidmete Sache, wie es der Altar ist, hinlenken soll, schon um deswillen selbst wieder als dem Gottesdienst gewidmet gelten muß, würde den Kreis der „dem Gottesdienste gewidmete Sachen"ganz außerordentlich weit ziehen. Es muß verneint werden, daß dies dem § 304 StGB. entspricht. Die Frage, ob die Vasen dem Gottesdienste gewidmete Sachen waren, kann indessen dahingestellt bleiben. Denn jeder der drei Angeklagten ist lediglich wegen eines Vergehens nach § 304 StGB. verurteilt und diese Verurteilung wird durch die Feststellung der Zertrümmerung je einer Kapellenfensterscheibe getragen. Auf das Strafausmaß aber hat die Zertrümmerung der beiden Vasen augenscheinlich keinen Einfluß geübt.

Hiernach war der Revision der Erfolg zu versagen.

RGes. v. 6. Juli 1904 betr. die Bekämpfung der Reblaus (RGBl. S. 261) § 10 Nr. 2; Hessische Ausführ. VO. v. 31. Dezember 1906 zu diesem Gesetze (Großherzogl. Hess. Reg.-Bl. 1907 S. 28 f.) § 38. Zum subjektiven Tatbestande der Vergehen gegen die vorstehenden Gesetzesbestimmungen.

I. StrS. U. v. 18. Dezember 1909 g. D. 1 D 564/09.

Aus den Gründen: 1. Die Strafdrohung in § 10 Nr. 2 des Ges. v. 6. Juli 1904 betreffend die Bekämpfung der Reblaus, ist, wie ihre Fassung beweist und wie auch in der Begründung des Gesetzes mehrfach betont ist, ganz den Bestimmungen nachgebildet, in denen Zuwiderhandlungen gegen die zur Verhütung und Unterdrückung von Seuchen getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen unter Strafe gestellt sind. Von einer „wissentlichen" Verletzung der Aufsichts- oder Absperrungsmaßregeln oder Einfuhrverbote (§§ 327, 328 StGB.), von einem „vorsätzlichen" Zuwiderhandeln gegen die Anordnungen (§ 1 des Ges. v. 21. Mai 1878 über die Zuwiderhandlung gegen die zur Abwehr der Rinderpest getroffenen Vieheinfuhrverbote) kann in diesen Fällen nach feststehender Rechtsprechung nur dann die Rede sein, wenn der Täter, der durch ein bestimmtes gewolltes Handeln sich mit einer behördlichen Anordnung in Widerspruch setzt, dies tut, obwohl er von dem Bestehen, dem Inhalte und dem Zweck der obrigkeitlichen Anordnung Kenntnis hat, sich also bewußt ist, daß er gerade das tut, was durch diese Anordnung verboten ist. (Entsch. **1** 1, **6** 159, **22** 196, **23** 107 und 311, **28** 195/196, **16** 136, **17** 318 u. a.) Die Rechtsprechung geht davon aus, daß in Fällen dieser Art die zur Ergänzung der offenen Strafbestimmung dienenden Gesetze, Verordnungen, Anordnungen und Maßregeln der Verwaltungsbehörden nicht in dem Sinne Teile des Strafgesetzes werden, daß ihre Unkenntnis nach allgemeiner Regel nicht entschuldigt, sondern es wird aus der Fassung der Blanketbestimmung geschlossen, daß der Täter Kenntnis von jenen Bestimmungen ebenso haben muß, wie von sonstigen Tatumständen, wenn ihm seine Handlung zum Vorsatz zugerechnet werden soll.

Nach der Tatsachenfeststellung des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte auf Grund der Mitteilungen seiner Ehefrau über die Äußerung des Bürgermeisters angenommen, „jetzt könne er das Rebholz holen, es sei alles offen".

Der Angeklagte war der Meinung, die behördliche Anordnung, die ihn seither am Abholen des Holzes hinderte, stehe jetzt nicht mehr entgegen, „das frühere Verbot sei hinfällig geworden". Die Urteilsfeststellung geht sonach ersichtlich dahin, der Angeklagte habe bei Verbringung des Rebholzes aus der Gemarkung D. in die von Z. nicht gewußt, daß er dadurch einer zum Zwecke der Verhütung weiterer Verbreitung der Reblaus erlassenen und noch fortbestehenden Anordnung zuwiderhandle. Die fortdauernde Rechtsbeständigkeit der Anordnung, die sein Vorsatz gleich einem Tatumstand hätte umfassen müssen, war ihm unbekannt, weil er von der falschen Voraussetzung ausging, das Verbot der Behörde sei aufgehoben, hinfällig geworden, jetzt sei alles offen.

Hiernach kann die Verfehlung gegen § 38 der auf Grund des § 8 der hessischen Vollzugsverordnung v. 29. Dezember 1906 und § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 des Reblausgesetzes erfolgten Bekanntmachung des Ministeriums des Innern v. 31. Dezember 1906 dem Angeklagten als vorsätzliche Zuwiderhandlung im Sinne des § 10 Nr. 2 Reblausgesetzes nicht zugerechnet werden.

2. Die fahrlässige Verschuldung des Angeklagten ist im Urteil verneint, „weil der Angeklagte sich auf die Angaben des Bürgermeisters habe verlassen können und sich nicht für verpflichtet halten mußte, noch weitere Erkundigungen einzuziehen". Das Urteil stellt jedoch vorher fest, die Äußerung des Bürgermeisters, die von der Ehefrau des Angeklagten diesem übermittelt wurde, sei zwar inhaltlich richtig dem Angeklagten zugekommen, es sei aber nicht ausgeschlossen, daß der Bürgermeister selbst sich über die Verhältnisse nicht klar war oder „daß sich die Äußerung nicht auf die im Weinbaubezirk O. gelegenen Weinberge, sondern nur auf die im Weinbaubezirk H. gelegenen bezog". Ließ aber die Äußerung, so wie sie dem Angeklagten durch eine dritte Person übermittelt wurde, nach Auffassung der Strafkammer ihrem Inhalt nach Zweifel darüber offen, ob sie sich auf den Verkehr zwischen Z. und einer Gemarkung eines anderen Weinbaubezirks bezog, dann war es unerläßlich, daß sich das Urteil auch mit der Frage befaßte, ob nicht auch der Angeklagte bei gehöriger Überlegung und Vorsicht an ein Mißverständnis auf seiten des Bürgermeisters oder seiner Ehefrau denken und sich Gewißheit darüber verschaffen mußte, ob seine Auffassung von der Tragweite der Äußerung richtig und tatsächlich auch im Verkehr mit der Gemarkung D. das Verbot aufgehoben sei, das ihm wiederholt bekannt gegeben war. Beruhte die Unkenntnis des Angeklagten von dem Fortbestand des Verbots auf einem Verschulden nach dieser Richtung, so vermochte sie die Bestrafung des Angeklagten aus § 11 Reblausgesetzes nicht auszuschließen (§ 59 Absatz 2 StGB.).

Das Urteil ist hiernach im vollen Umfang und einschließlich der tatsächlichen Feststellungen aufzuheben.

Preuß. StGB. § 270. Das Vergehen ist vollendet, wenn der vom Bieten Abgehaltene tatsächlich nicht mitgeboten hat. Auf das Endergebnis kommt es nicht an. Es ist deshalb unerheblich, wenn der Täter demnächst während des Bietungstermins das Mitbieten gestattet und dieses auch erfolgt.

IV. StrS. U. v. 4. Januar 1910 g. K. u. Gen. 4 D 988/09.

Aus den Gründen: Die in der Revisionsbegründung des Mitangeklagten D. in Zweifel gezogene fortlaufende Geltung des seiner Verurteilung zugrunde gelegten § 270 des Preuß. StGB. vom 14. April 1851 ist von dem Reichsgerichte in konstanter Rechtsprechung bejaht worden (Entsch. 27 106, 35 392).

Hinsichtlich des Mitangeklagten Kt. mußte auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache erfolgen. Die Strafkammer ist zur Freisprechung des Angeklagten Kt. gelangt, weil dieser die von ihm und dem Mitangeklagten D. gemeinschaftlich vor dem Versteigerungstermin unter Hingabe des Wechsels mit Kru. getroffene Vereinbarung, daß dieser bei der Versteigerung nicht mitbieten sollte, im Laufe des Versteigerungstermins und vor dessen Beendigung widerrufen und Kru. den Widerruf angenommen habe, so daß es diesem noch möglich gewesen sei, sich an dem Bieten zu beteiligen. Diese Erwägungen rechtfertigen die Freisprechung nicht, weil nach den Feststellungen der Strafkammer Kru. ursprünglich zum Mitbieten entschlossen war, aber durch die unter Hingabe des Wechsels erfolgte gemeinschaftliche Einwirkung der beiden Angeklagten vom Mitbieten abgehalten worden ist, und der Angeklagte Kt. seine Erklärung, Kru. könne mitbieten, erst abgegeben hat, nachdem die Abhaltung des Kru. bereits wirksam geworden, also das Vergehen



bereits vollendet war, und der Angeklagte an der ferneren Abhaltung des Kru. kein Interesse mehr zu haben glaubte. Für die Vollendung des Vergehens gegen § 270 des Preuß. StGB. ist es unerheblich, ob das Abhalten vom Mitbieten auf das Endergebnis der Versteigerung von Einfluß gewesen ist oder nicht.

StPO. § 243 Abs. 2. Zur Bildung der Überzeugung des Gerichts, ein Beweisantrag sei lediglich zur Verschleppung des Verfahrens gestellt, darf der Umstand nicht verwertet werden, daß das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptung erwiesen sei.

I. StrS. U. v. 8. Januar 1910 g. Sch. 1 D 936/09.

Aus den Gründen: Den Antrag des Beschwerdeführers und seines Verteidigers auf Aussetzung der Hauptverhandlung und Ladung des Zeugen H. hat das Gericht unter Berufung auf seine Überzeugung abgelehnt, daß der Antrag lediglich gestellt sei, um die Sache zu verschleppen. Als Gründe für seine Überzeugung hat das Gericht angegeben, einmal, daß mit der Benennung des Zeugen bis zur Antragstellung zugewartet worden sei, dann daß die Adressenangabe eine so mangelhafte sei, daß der Zeuge nicht ohne weiteres geladen werden könne, und endlich, daß das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptung erwiesen sei. Diese Begründung gibt zu Bedenken Anlaß; jedenfalls ist der dritte Grund rechtlich zu beanstanden.

Kommt das Gericht gegenüber einem Beweisantrag nach dem Verhalten des Antragstellers zu der Überzeugung, daß mit dem Antrag in Wahrheit nicht die Erhebung eines Beweises, sondern nur eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt wird, so kann es allerdings den Antrag ablehnen, weil ein nach § 243 Abs. 2 StPO. zu bescheidender Beweisantrag gar nicht vorliegt. Zur Bildung dieser Überzeugung darf das Gericht aber nicht durch die Erwägung kommen, daß das Gegenteil der nach dem Beweisantrag zu beweisenden Tatsache bereits bewiesen sei. Über das Beweisergebnis der Hauptverhandlung darf das Gericht nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit erst befinden, nachdem die zu erhebenden Beweismittel sämtlich erhoben sind. Wird die Vernehmung eines einwandfreien Zeugen über eine erhebliche, nicht ohne weiteres als wahr zu erachtende Tatsache beantragt, so muß dieser Zeuge vernommen werden, und erst nach dem Gesamtergebnis der Beweiserhebung darf das Gericht über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener Tatsache befinden. Wie das Gericht in solchem Falle zur Ablehnung des Beweisantrags nicht mit der Erwägung berechtigt ist, daß das Gegenteil der zu beweisenden Tatsache bereits bewiesen sei, ebensowenig ist es zur Anstellung dieser Erwägung befugt, wenn es sich um die Frage handelt, ob der benannte Zeuge in Wahrheit ein Zeuge sein soll und danach ein Beweisantrag vorliegt oder nicht. Hier wie dort würde eine dem Gesetze zuwiderlaufende Vorwegnahme der Beweiserhebung die Grundlage der Entscheidung bilden. Kann aber die besprochene Erwägung für sich allein nicht dazu führen, einen Beweisantrag als nicht ernst gemeint zu erklären, so kann sie es auch nicht in Verbindung mit anderen Gründen. Übrigens sind auch die beiden erstangeführten wenig überzeugend entwickelten Gründe der Strafkammer nicht frei von Bedenken; doch liegen diese mehr auf tatsächlichem Gebiet, weshalb nicht weiter darauf eingegangen werden soll.

StGB. § 61 in Verb. mit Patentgesetz v. 7. April 1891 § 36. Bei einem fortgesetzten Vergehen erfaßt der Strafantrag auch nach ihm liegende im Fortsetzungszusammenhange stehende Fälle, vorausgesetzt, daß das fortgesetzte Vergehen schon vor dem Strafantrage begonnen hat. Der Antrag ist also unwirksam, wenn sich ergibt, daß in anscheinend zusammenhängender Reihe äußerlich rechtsverletzende Akte vermöge erst nach dem Strafantrage einsetzenden Vorsatzes erst von diesem Zeitpunkt ab strafbar wurden.

V. StrS. U. v. 18. Januar 1910 g. M. 5 D 898/09.

Aus den Gründen: Die gegen die Wirksamkeit des gestellten Strafantrags erhobene Revisionsrüge ist für durchgreifend zu erachten.

Von einem Fortsetzungszusammenhang in strafrechtlichem Sinne kann begrifflich nur mit Bezug auf strafbare Handlungen die Rede sein. Er hat zur Voraussetzung, daß jede der Einzelhandlungen, die ihn begründen sollen und mit Bezug auf die er als gegeben zu erachten ist, den vollen gesetzlichen Tatbestand des jeweilig in Betracht kommenden Delikts erfüllt und schon für sich selbst als dieses Delikt strafbar wäre, wenn ein Fortsetzungszusammenhang nicht be-



stände. Daran fehlt es, wenn der Tatbestand gesetzlich Vorsatz erfordert, dieser aber, gleichviel aus welchem Grunde, ausgeschlossen erscheint. Alsdann ist im Sinne des Gesetzes eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden. Die tatsächlich vorgenommene Handlung kann daher auch nicht mit einer anderen sonst gleichgearteten Handlung, hinsichtlich deren der zum Tatbestand erforderliche Vorsatz gegeben erscheint und die sich daher als strafbare Handlung darstellt, strafrechtlich zusammengefaßt und als eine mit dieser im Fortsetzungszusammenhang begangene strafbare Handlung gekennzeichnet werden.

Hiergegen hat die Strafkammer gefehlt. Sie stellt ohne erkennbaren Rechtsirrtum fest, daß der Angeklagte M. zwar seit Ende 1899 die im Urteil näher gekennzeichnete Patentverletzung objektiv fortgesetzt beging, daß ihm aber bis mindestens in den Sommer 1906 hinein der zur strafbaren Patentverletzung des § 36 des Patentgesetzes erforderliche Vorsatz fehlte. Der volle Tatbestand einer strafbaren Patentverletzung kam daher erst von diesem Zeitpunkte ab in Frage. Bis dahin waren straflose, d. h. strafrechtlich gleichgültige Handlungen vorgenommen worden.

Die Strafanträge vom 12./17. Dezember 1904 bezw. 22. März und 20. April 1905 hatten daher strafbare Handlungen, die verübt waren oder verübt wurden, nicht zum Gegenstande, sind vielmehr lediglich vor dem Beginne derjenigen strafbaren Handlungen gestellt worden, die den alleinigen Gegenstand der erstrichterlichen Feststellungen bilden. Sie sind daher gegenstandslos und nicht geeignet, einer strafrechtlichen Verfolgung wegen dieser späteren festgestellten strafbaren Handlungen zur Grundlage zu dienen. Andere Strafanträge, die rechtswirksam wären, — insbesondere aus der Zeit nach dem Sommer 1906 — kommen aber, wie auch die Strafkammer annimmt, nicht in Frage.

Da nach dem Ausgeführten eine Zusammenfassung der vor dem Sommer 1906 begangenen straflosen Patentverletzungen mit den späteren zu einer fortgesetzten strafbaren Handlung rechtlich ausgeschlossen ist, ergibt sich hiernach die Strafverfolgung mangels des gesetzlich erforderlichen Strafantrags als unzulässig.

Ohne daß es weiterer tatsächlicher Erörterung bedurfte, war daher in der Sache selbst zu erkennen und das Strafverfahren, wie geschehen, gemäß § 259 StPO. einzustellen.

StGB. § 163. Zum Begriff der Fahrlässigkeit. Von einem Zeugen kann nur gefordert werden, daß er die gegen die Zuverlässigkeit seiner Wahrnehmungen etwa sprechenden Umstände ernstlich prüfe. Daß er auf Grund seiner Prüfung objektiv richtige Schlüsse ziehe, kann nicht gefordert werden.

II. StrS. U. v. 21. Januar 1910 g. B. 2 D 1051/09.

Aus den Gründen: Zu beanstanden ist die Feststellung der Fahrlässigkeit in dem angefochtenen Urteil. Es ist davon auszugehen, daß die Angeklagte, als sie nach Leistung des Zeugeneids ihre Aussage abgab und auch, als sie nach ihrer zweiten Vernehmung den Zeugeneid leistete, glaubte, der von ihr in der Hand des Kätners M. gesehene Gegenstand sei eine Forke gewesen und nicht, wie dies in Wirklichkeit der Fall war, eine Schaufel. Die Angeklagte durfte ihre vermeintliche Wahrnehmung nicht als eine bestimmte und sichere eidlich bekunden, wenn Umstände sie darauf hinwiesen, daß ihre Wahrnehmungen nicht klar bestimmt und zuverlässig gewesen seien (Entsch. 25 122 [124]).

Einen solchen Umstand erblickt die Strafkammer in der Entfernung von 130 Schritten, aus welcher die Angeklagte den von ihr bekundeten Hergang beobachtet hatte. Hätte die Angeklagte diesen Umstand bei ihren Zeugenvernehmungen außer Betracht gelassen, obwohl sie ihn bei gehöriger Sorgfalt in den Kreis ihrer Erwägungen hätte ziehen müssen, so würde dies für die Feststellung einer Fahrlässigkeit zu verwerten gewesen sein. Die eidlichen Aussagen der Angeklagten gingen aber nach der Feststellung des Vorderrichters dahin, sie habe trotz der Entfernung die Forke in der Hand des Kätners M. deutlich gesehen, sie könne sich nicht irren. Hiernach hat die Angeklagte den Umstand der beträchtlichen Entfernung nicht unerwogen gelassen, sie ist aber dennoch nicht zu dem Ergebnisse gelangt, daß ihre Wahrnehmung eine unsichere gewesen sei. Auf welche Ursachen dies zurückzuführen ist, ergibt sich aus dem angefochtenen Urteile nicht mit hinreichender Klarheit. Von einem Zeugen kann nur gefordert werden, daß er die gegen die Zuverlässigkeit seiner Wahrnehmungen etwa sprechenden Umstände ernstlich prüfe; daß er auf Grund seiner



Prüfung objektiv richtige Schlüsse ziehe, kann nicht gefordert werden. Hat die Angeklagte, wie es nach den Feststellungen nicht ausgeschlossen ist, sich ernstlich die Frage vorgelegt, ob ihre Wahrnehmungen wegen der Entfernung von 130 Schritten unsicher und unbestimmt sein könnten, so hat sie die von ihr zu fordernde Sorgfalt angewendet. Ob sie durch die von ihr vorgenommene Prüfung in ihrer Überzeugung wankend gemacht werden konnte, der von ihr gesehene Gegenstand könne nur eine Forke gewesen sein, hing nicht von ihrem Willen, sondern von dem Grade ihrer Einsicht und der Beschaffenheit der vorliegenden Sinnestäuschung, also von Umständen ab, welche die Angeklagte nicht zu vertreten hat. Inwiefern die Angeklagte durch Anwendung von Sorgfalt dazu hätte gelangen müssen, den von ihr berücksichtigten Umstand der beträchtlichen Entfernung anders, als geschehen, zu würdigen, legt das angefochtene Urteil nicht dar.

Zu Bedenken Anlaß gibt auch die Ausführung, die Angeklagte habe mit Rücksicht auf die ihr bekannten gegenteiligen Bekundungen anderer Personen sich sagen müssen, daß ihre Wahrnehmungen unsicher und unbestimmt seien. Hatte die Angeklagte die — wenn auch irrige — Überzeugung, daß ihre Wahrnehmungen zuverlässig seien, so konnte sie nicht wegen der widersprechenden Bekundungen anderer Personen ihre Wahrnehmungen entgegen ihrer Überzeugung als unsicher und unbestimmt hinstellen. In dieser Beziehung ist auf die Ausführungen des RG. in Entsch. 22 297 (299) hinzuweisen.

Die Aufhebung des angefochtenen Urteils ist deshalb geboten.

C. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

StGB. § 137; BGB. §§ 1134, 1135; ZPO. §§ 808, 890, 928, 935, 936. Unter welchen Voraussetzungen ist eine gerichtliche Beschlagnahme einer Sache im Sinne des § 137 StGB. als vorliegend anzusehen? Wird eine solche durch Erlassung einer den Verkauf der Sache verbietenden einstweiligen Verfügung des Gerichts bewirkt?

II. StrS. U. v. 26. März 1909 g. H. 2 S 156/09.

Gründe: Durch einstweilige Verfügung vom 6. Mai 1907 in Verbindung mit dem Urteil des Königlichen Landgerichts F. vom 8. Juni 1907 war dem Angeklagten verboten worden, näher bezeichnetes Vieh zu verkaufen, soweit der Verkauf den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwiderlief. Der Angeklagte hat trotz des Verbots Vieh verkauft. Sein wissentliches Zuwiderhandeln gegen das Verbot und die Unwirtschaftlichkeit des Verkaufs sind festgestellt.

Zu beanstanden ist die Feststellung, daß in derm Veräußerungsverbot die Beschlagnahme des veräußerten Viehes enthalten gewesen sei. Die Revision rügt mit Recht, daß auf den festgestellten Sachverhalt § 137 StGB. angewendet worden sei.

Das Veräußerungsverbot des Landgerichts findet seine gesetzliche Stütze in den §§ 1134, 1135 BGB. in Verbindung mit § 935 ZPO. Durch die Zustellung des Verbots hat der Angeklagte Kenntnis von der Anordnung des Gerichts erhalten, aber durch die Zustellung wurde noch keine Beschlagnahme des Viehs im Sinne des § 137 StGB. verhängt. Die Beschlagnahme setzt immer voraus, daß das Gericht den Gewahrsam an der fraglichen Sache übernommen oder in anderer Weise in ein Herrschaftsverhältnis über die Sache getreten ist; es muß eine dingliche Beziehung zur Sache hergestellt worden sein (RGSt. **20** 244, **24** 10; Binding, Lehrbuch d. gem. deutsch. Strafrechts II 609). Die Begründung eines äußerlich erkennbaren staatlichen Machtverhältnisses ist aber solange nicht gegeben, als das Gericht sein Gebot oder Verbot nicht vollzogen hat, es vielmehr nur bei dessen Verkündung bewenden läßt. Die einstweilige Verfügung mußte

vollzogen werden, und das konnte nach den §§ 936, 928 ZPO. nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung geschehen. Die dingliche Sicherung des Viehs war nach § 808 ZPO. zu bewirken, abgesehen davon stand dem Gläubiger des Angeklagten nach § 890 ZPO. das Recht zu, die Verurteilung des Angeklagten wegen der Zuwiderhandlung gegen das Verbot bei dem Prozeßgerichte zu beantragen.

Da es nach den Feststellungen des Urteils ausgeschlossen erscheint, daß durch weitere tatsächliche Ermittlungen die Beschlagnahme des Viehs nachgewiesen werden könnte, war gemäß §§ 394, 497, 505 StPO., wie geschehen, auf Freisprechung des Angeklagten zu erkennen.

StPO. §§ 123, 482. Dauert in dem Falle, daß wegen einer auch mit Überweisung an die Landespolizeibehörde bedrohten strafbaren Handlung die Untersuchungshaft verhängt ist, dieselbe, nachdem der Angeklagte vom Schöffengericht nur zu Haft verurteilt ist und diese nach Verzicht auf Rechtsmittel verbüßt hat, solange fort, bis über die auf Überweisung an die Landespolizeibehörde abzielende Berufung der Staatsanwaltschaft entschieden ist, oder erlischt in dem vorgedachten Falle der Haftbefehl ohne weiteres nach Verbüßung der erkannten Freiheitsstrafe? Ist in einem solchen Falle unter Umständen der Erlaß eines neuen Haftbefehls zulässig?

II. StrS. B. v. 23. April 1909 g. P. 2 W 347/09.

Gründe: Der Angeklagte ist durch Urteil des Königlichen Schöffengerichts S. vom 30. März 1909 wegen Bettelns zu drei Wochen Haft verurteilt, die er bis zum 20. April verbüßt hat, nachdem er nach Verkündung des Urteils auf Rechtsmittel verzichtet hatte. Da der Amtsanwalt wegen der nicht erfolgten Überweisung des Angeklagten an die Landespolizeibehörde Berufung eingelegt hatte, beantragte der Erste Staatsanwalt den Erlaß eines neuen Haftbefehls, den die Strafkammer abgelehnt hat, weil sie ihn nach § 123 StPO. mit Rücksicht darauf für unzulässig erachtet, daß dem Angeklagten das von den Anträgen der Staatsanwaltschaft abweichende günstigere Urteil durch Fortdauer der Untersuchungshaft nicht verkümmert werden dürfe.

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft geht davon aus, daß die wegen einer mit Überweisung an die Landespolizeibehörde bedrohten Straftat verhängte Untersuchungshaft unbeschadet der Vollstreckung der rechtskräftig gewordenen Freiheitsstrafe solange fortdauern müsse, bis über die auf Überweisung an die Landespolizeibehörde abzielende Berufung der Staatsanwaltschaft entschieden sei.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sie beruht auf der Gleichstellung zweier verschiedener Fälle, die verschieden behandelt werden müssen. Wenn ein Angeklagter, gegen den neben der Freiheitsstrafe auf Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt worden ist, lediglich diesen Teil der Entscheidung angreift, so bleibt er in Untersuchungshaft, bis über sein Rechtsmittel rechtskräftig erkannt ist, auch wenn er schon vor diesem Zeitpunkt die Freiheitsstrafe verbüßt hat. Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung allgemein anerkannt und ist auch in verschiedenen Erlassen der Justizverwaltung zum Ausdruck gelangt, die sich mit der Ausführung der erkannten Überweisung, der Übergabe der Verurteilten von den Gerichten an die Landespolizeibehörden befassen (Allg. Verf. des Justizministers vom 12. Oktober 1896 J. M. Bl. S. 339, Rundverfügung desselben vom 8. Juni 1903 I 3455, Verfügung der Vorstandsbeamten des Kammergerichts vom 13. Februar 1902 I S. 4 1599).

Anders liegt die Sache in dem hier zu prüfenden Fall. Da ein auf Überweisung lautendes Urteil nicht ergangen war, so mußte die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nach § 482 StPO. eingeleitet werden, nach deren Verbüßung der Haftbefehl ohne weiteres erlosch. Die Verbüßung der Freiheitsstrafe ist ebenso zu würdigen, als wenn das Urteil auf Freisprechung gelautet hätte. Eine von selbst fortdauernde Untersuchungshaft, weil die Staatsanwaltschaft gegen das von ihren Anträgen abweichende Urteil ein Rechtsmittel einlegt, ist ausgeschlossen. Dagegen stand dem Erlaß eines neuen Haftbefehls ein gesetzlicher Grund nicht entgegen. Die Wiederverhaftung des Angeklagten war zulässig, wenn ein neuer gesetzlicher Grund hierzu gegeben war und das Berufungsgericht war zuständig, über den entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft zu befinden, weil die Veränderung der Sachlage, die eine erneute Prüfung erforderlich machte, im Laufe des Berufungsverfahrens eingetreten war. Wenn nach dem Ausgeführten auch den Gründen der Strafkammer, die zur Ablehnung

des Antrages geführt haben, nicht zugestimmt werden kann, so ist doch in der Sache die Entscheidung zu billigen. Das Schöffengericht hat von der Überweisung des Angeklagten an die Landespolizeibehörde abgesehen, weil zu seinen Gunsten angenommen worden ist, daß er mit Rücksicht auf die durch die ungünstige Witterung beeinflußte Lage des Arbeitsmarkts noch nicht imstande gewesen sei, Arbeit zu finden. Es läßt sich nicht annehmen, daß dieser Grund durch eine Verhandlung in der Berufungsinstanz beseitigt werden wird. Da hiernach aber das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft keine Aussicht auf Erfolg hat, liegt für das Beschwerdegericht kein Anlaß vor, die Wiederverhaftung des Angeklagten anzuordnen.

StPO. §§ 28 Abs. 2. 347, 375, 377 N. 3. 380. 384 Abs. 2 Satz 2. Kann die Revision gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil eines Landgerichts auf die Behauptung gestützt werden, daß ein gegen den Strafkammervorsitzenden gerichtetes Ablehnungsgesuch vom Berufungsgerichte mit Unrecht verworfen worden sei? Wird mit dieser Rüge lediglich die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren geltend gemacht? Enthält in dem vorgedachten Falle die gegen das Urteil gerichtete Revision zugleich eine Beschwerde gegen den das Ablehnungsgesuch verwerfenden Beschluß?

II. StrS. U. v. 7. Mai 1909. g. T. 2 S. 215. 09.

Aus den Gründen: Der Angeklagte stützt die Revision zunächst auf Verletzung des § 377 Ziff. 3 StPO. mit der Behauptung, ein gegen den Strafkammervorsitzenden gerichtetes Ablehnungsgesuch sei vom Berufungsgericht mit Unrecht verworfen worden. Demgegenüber vertritt der Oberstaatsanwalt die Auffassung, daß diese Rüge lediglich die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren geltend mache und daher nach § 380 StPO. nicht zulässig sei. Dieser Ansicht ist beizupflichten.

Der § 28 Abs. 2 StPO. bestimmt zwar, daß der Beschluß, durch den ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urteil angefochten werden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß das gegen das Urteil gegebene Rechtsmittel zugleich eine Beschwerde gegen die Verwerfung des Ablehnungsgesuchs in sich schließt. Die gelegentlich vom Reichsgericht geäußerte gegenteilige Ansicht (Entsch. 22 135) ist schon in dem Urteil Entsch. 33 314 aufgegeben worden. Der Gesetzgeber nimmt nicht an, daß die gegen das Urteil gerichtete Revision eine Beschwerde gegen den das Ablehnungsgesuch verwerfenden Beschluß mitenthalte, sondern er unterstellt, daß die zu Unrecht erfolgte Verwerfung des Ablehnungsgesuchs immer eine Rechtsverletzung im Urteil zur Folge habe. Darum bestimmt der § 377 Ziff. 3 StPO.: „Ein Urteil ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn bei dem Urteile ein Richter mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch mit Unrecht verworfen worden ist." Der auf die unbegründete Verwerfung des Ablehnungsgesuchs gestützte Revisionsangriff richtet sich demnach nicht gegen den verwerfenden Beschluß, sondern ausschließlich gegen das Urteil. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in den Motiven (§ 22 Entw. Hahn Materialien S. 92), die aus Besorgnis vor Prozeßverschleppungen eine Beschwerde gegen den Verwerfungsbeschluß nicht zulassen, sondern für angemessen erklären, dem Beteiligten „nur zu gestatten, demnächst das in der Hauptsache ergehende Urteil auch wegen der Verwerfung seines Ablehnungsgesuchs anzufechten". Die Bestimmung des § 28 Abs. 2 StPO. ist hiernach nichts anderes als eine Sonderanwendung des in den §§ 347, 375 ausgesprochenen Grundsatzes.

Wird jedoch mit der die unbegründete Verwerfung des Ablehnungsgesuchs behauptenden Rüge lediglich das Rechtsmittel der Revision geltend gemacht, so untersteht sie den für dieses Rechtsmittel gegebenen Bestimmungen, muß folglich auch der Beschränkung des § 380 StPO. unterworfen sein. Daß aber der § 377 Ziff. 3 StPO. ausschließlich eine Prozeßvorschrift ist, kann nicht zweifelhaft sein, ergibt sich auch klar aus den Motiven (Hahn S. 252). Gerade weil in diesem Falle lediglich die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren behauptet wird, kann das Reichsgericht in eine tatsächliche Würdigung des Revisionsvorbringens eintreten (Entsch. 7, 340 und die vorerwähnten Urteile), denn es handelt sich bei diesem Vorbringen um Prozeßtatsachen (§ 384 Abs. 2 Satz 2). Den Oberlandesgerichten aber ist diese Prüfung

nach § 380 StPO. versagt. Daß hiernach der das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verwerfende Beschluß in Fällen der vorliegenden Art der Anfechtung überhaupt entzogen ist, ist die notwendige, wenn auch vielleicht unerwünschte Folge der Vorschrift des § 380 StPO.

Die Rüge einer Verletzung des § 377 Ziff. 3 StPO., die übrigens im vorliegenden Falle auch sachlich unbegründet ist, konnte daher nicht für zulässig erachtet werden.

StPO. §§ 347, 435 Abs. 1, 436, 443. Ist gegen einen von dem Landgerichte als Berufungsgericht erlassenen Beschluss, durch welchen Personen als Nebenkläger zugelassen worden sind, Beschwerde seitens der Angeklagten zulässig? Kann in dem Falle, dass nach ergangenem Urteil des Schöffengerichts von allen zur Zeit Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet worden ist, eine Anschlusserklärung von Personen stattfinden, die sich erst nach jener Verzichtleistung als Nebenkläger melden?

II. Str.S. B. v. 4. Juni 1909 g. N. u. Gen. 2 W 420. 09.

Aus den Gründen: Durch Beschluß des Königlichen Landgerichts, Strafkammer, in B. vom 22. Februar 1909 sind die nachstehend genannten Personen, die darin als die Verletzten bezeichnet sind, nämlich . . . . . auf die namens derselben von dem Rechtsanwalt S. in B. abgegebene Anschlußerklärung vom 5. Februar 1909 als Nebenkläger zugelassen worden.

Der Rechtsanwalt S. in K. hat darauf in dem Schriftsatz vom 28. April 1909 erklärt, daß namens der Angeklagten gegen den bezeichneten Beschluß die Beschwerde eingelegt werde. . . . .

Der Beschwerde war aber der Erfolg nicht zu versagen.

Was zunächst die Frage anlangt, ob im vorliegenden Falle eine Beschwerde überhaupt zulässig ist, so muß diese bejaht werden.

Der angefochtene Beschluß ist von dem Berufungsgericht erlassen. Mag nun auch im Hinblick auf § 347 StPO. angenommen werden, daß der Beschluß, durch welchen gemäß § 436 StPO. das erkennende Berufungsgericht über die Berechtigung der oben genannten Personen zum Anschlusse als Nebenkläger entschieden hat, zumal derselbe bei der Urteilsfällung selbst nochmals der Prüfung des Gerichts unterliegen würde, in einem gewissen inneren Zusammenhange mit der nachfolgenden Urteilsfällung steht, so handelt es sich doch um eine Entscheidung, durch welche dritte, nämlich die als Nebenkläger zugelassenen Personen betroffen werden (§ 347 Satz 2 StPO). Der in der Literatur vorherrschenden Auffassung, nach welcher in vorgedachter Beziehung zwischen der die Zulassung des Nebenklägers aussprechenden Entscheidung und dem den Anschluß zurückweisenden Beschluß unterschieden wird, kann nicht beigetreten werden.

(Vgl. Löwe Strafprozeßordnung 12. Aufl. S. 887, 888 Note 3 zu § 436 StPO., von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts S. 735, 736, Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts S. 662, 663, insbesondere Anm. 12 u. 14, Isenbart und Samter, die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich S. 383, 384 Anm. 5 zu § 436 StPO.)

Soweit die Zulassung einer Person als Nebenkläger noch in Frage kommt, ist sie von diesem Gesichtspunkte aus als dritte Person im Sinne des § 347 StPO. zu betrachten.

Ist hiernach die Beschwerde an sich für zulässig zu erachten, so erscheint sie auch in der Sache selbst begründet.

Nachdem in der Hauptverhandlung vor dem Königlichen Schöffengericht zu K. vom 4. Februar 1909 das auf Freisprechung sämtlicher Angeklagten lautende Urteil verkündet worden war, ist unmittelbar darauf von dem Amtsanwalt, dem Verteidiger und sämtlichen Angeklagten auf Rechtsmittel verzichtet worden. Damit war das Urteil rechtskräftig geworden; denn es konnte von keinem der Beteiligten mittels der Berufung angefochten werden.

(Vgl. Löwe a. a. O. S. 742 Note 2a der Vorbemerkungen zum dritten Buche der Strafprozeßordnung, S. 937 Note 3 zu § 481 StPO.)

Die Befugnis der oben genannten Personen, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen, ist in der Anschlußerklärung vom 5. Februar 1909 aus § 443 StPO. hergeleitet worden. Lag die dort gedachte Voraussetzung für den Anschluß vor, so konnten jene Personen nach § 435 Abs. 1 StPO. sich der erhobenen Klage in jeder Lage des Verfahrens als Nebenkläger anschließen, und zwar konnte nach Satz 2 daselbst der Anschluß behufs Ein-



legung von Rechtsmitteln auch nach ergangenem Urteile geschehen. Jene Gesetzesvorschrift setzt aber ein schwebendes Verfahren, ein durch Rechtsmittel noch anfechtbares Urteil voraus. Davon konnte aber nicht mehr die Rede sein, nachdem die Sache rechtskräftig entschieden war.

(Vgl. auch Löwe a. a. O. S. 886 Note 7a zu § 435 StPO.)

In der Literatur wird allerdings fast durchweg übereinstimmend dem Umstande, daß die Staatsanwaltschaft vor Ablauf der ihr zustehenden Frist auf das zulässige Rechtsmittel verzichtet oder dasselbe zurückgenommen hat, nicht die Bedeutung beigelegt, daß dadurch die Befugnis des Nebenklägers beschränkt werde, die Entscheidung anzufechten, so lange die gedachte Frist noch läuft.

(Vergl. Löwe a. a. O. S. 891 Note 3 zu § 439 StPO., Keller, die Strafprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl. S. 571 § 439 Abs. 2; Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich 3. Aufl. S. 636 Note 2 zu § 439 StPO., von Kries a. a. O. S. 736, Isenbart u. Samter a. a. O. S. 386 Anm. 10 zu § 439 StPO., Bennecke a. a. O. S. 664 Anm. 27; a. M. z. T. Voitus, Kommentar zu der Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich Note 2 zu § 439 StPO.)

Damit wird jedoch die Frage nicht beantwortet, ob in dem Falle, daß nach ergangenem Urteil von allen zur Zeit Beteiligten auf die Anfechtung Verzicht geleistet worden ist, eine Anschlußerklärung von Personen stattfinden kann, die sich erst nach jener Verzichtleistung als Nebenkläger melden. Diese Frage ist aber aus dem oben angegebenen Grunde zu verneinen. Nachdem das Urteil rechtskräftig geworden, ist für Einlegung eines Rechtsmittels gegen dasselbe und demgemäß für einen Anschluß zu diesem Zwecke kein Raum mehr gegeben.

(Vergl. auch Wolffing, die rechtliche Stellung des Nebenklägers im deutschen Strafverfahren in den von Beling herausgegebenen Breslauer strafrechtlichen Abhandlungen Heft 29 S. 84, 85.)

Aus diesen Gründen waren die oben genannten Personen zum Anschlusse als Nebenkläger nicht für berechtigt zu erachten. Es war daher der angefochtene Beschluß, soweit dadurch jene Personen als Nebenkläger den Beschwerdeführern zugelassen sind, aufzuheben und insoweit die Anschlußerklärung zurückzuweisen.

StPO. §§ 360, 380, 394, 435 ff., 439 Abs. 2, 443, 503, 505. Steht in dem Falle, daß gegen ein auf Berufung des Nebenklägers erlassenes Urteil des Landgerichts von dem Angeklagten Revision eingelegt ist, dem Revisionsgericht die Prüfung der Frage zu, ob die Zulassung des Nebenklägers für rechtswirksam zu erachten ist? Was ist unter Verfahren im Sinne des § 435 StPO. zu verstehen? Innerhalb welcher Zeit kann der Nebenkläger sich dem Verfahren anschliessen?

II. StrS. U. v. 2. Juli 1909 g. N. 2 S 371/09.

Gründe: Von den Revisionsbeschwerden greift die auf die §§ 435 ff., 443, 360 StPO. gestützten durch. Der Angeklagte macht mit Recht geltend, daß er durch Urteil des Schöffengerichts vom 4. Februar 1909 rechtskräftig freigesprochen worden und das weitere Verfahren gegen ihn unzulässig gewesen sei.

Nach dem Protokoll über die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht haben die Staatsanwaltschaft und die Angeklagten nach Verkündung des auf Freisprechung lautenden Urteils auf Rechtsmittel verzichtet. Damit war das Urteil rechtskräftig geworden und der Angeklagte vor jeder weiteren Verfolgung geschützt.

Der Nebenkläger ist erst durch Beschluß vom 19. Februar 1909 als solcher zugelassen worden, nachdem er am 10. Februar Berufung eingelegt und gleichzeitig seine Zulassung beantragt hatte.

Bei dieser Sachlage hängt der Erfolg der Revision davon ab, ob die Zulassung des Nebenklägers für rechtswirksam zu erachten ist oder nicht. Die Prüfung dieser Frage steht dem Revisionsgericht zu (RGSt. **35** 25, **38**, 404), das hieran auch durch die Vorschrift des § 380 StPO. nicht behindert ist. Denn die Entscheidung dieser Frage hängt mit der Wirkung der Rechtskraft zusammen. Diese ist materiellrechtlich, weil sie dem Angeklagten ein materiell wirkendes Schutzrecht gegen nochmalige Verfolgung gewährt, und von allen mit der Sache befaßten Instanzen zu prüfen und zu beachten.

Nach § 435 StPO. kann der Anschluß als Nebenkläger in jeder Lage des Verfahrens erfolgen, insbesondere auch zum Zwecke der Einlegung eines Rechtsmittels nach ergangenem Urteil. Unter Verfahren im Sinne dieser Vorschrift

ist aber nur ein schwebendes Verfahren zu verstehen, in das durch Rechtsmittel noch eingegriffen werden kann (vgl. Beschluß des Senats vom 4. Juni 1909 — 2 W 420/09). Der Nebenkläger kann sich dem Verfahren solange anschließen, als noch die Rechtsmittelfrist für die Staatsanwaltschaft läuft (§ 439 Abs. 2 StPO.), die Möglichkeit des Anschlusses entfällt deshalb, wenn infolge des Fristablaufs oder eines Verzichts das Urteil rechtskräftig geworden ist. Damit ist das Verfahren beendet, und das beendete Verfahren kann nicht dadurch wieder aufleben, daß der Verletzte als Nebenkläger ein Rechtsmittel einlegt, das ihm nur während der gesetzlichen Rechtsmittelfrist zusteht. Ist diese Frist durch einen zulässigen Verzicht der Staatsanwaltschaft beseitigt, so hat auch der Nebenkläger kein Rechtsmittel, da er immer nur neben der Staatsanwaltschaft, aber nicht für diese die Verfolgung der Sache betreiben kann.

Aus diesen Gründen war das Urteil aufzuheben.

In der Sache selbst kann der Erfolg der Revision nur der sein, daß die den Angeklagten beschwerende Entscheidung des Berufungsgerichts beseitigt und das rechtskräftige Urteil des Schöffengerichts der Form nach wiederhergestellt wird. Um diese allein mögliche Rechtsfolge auszusprechen, brauchte die Sache nicht in die Berufungsinstanz zurückverwiesen zu werden. Das Revisionsgericht konnte unter entsprechender Anwendung des § 394 StPO. auf diese Folge selbst erkennen (vgl. RGSt. 42 123) und so wie geschehen die Berufung des Nebenklägers gegen das schöffengerichtliche Urteil als unzulässig verwerfen. Daraus folgt weiter, daß die Kosten der Berufungsinstanz nach den §§ 505, 503 StPO. dem Nebenkläger aufzuerlegen waren. Die Kosten der Revisionsinstanz waren der Staatskasse aufzuerlegen, weil der Angeklagte freigesprochen ist und eine Verpflichtung des Nebenklägers zur Tragung der Gerichtskosten für diesen Fall durch das Gesetz nicht begründet wird (RGSt. 31 230).

Gesetz, betreffend die den Medizinalbeamten für die Besorgung gerichtsärztlicher pp. Geschäfte zu gewährenden Vergütungen, vom 9. März 1872 (Ges. S. S. 265 §§ 3, 6. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Januar 1878 §§ 3, 13. In welcher Weise ist ein Arzt, der den Auftrag hatte, den Angeklagten während seines Aufenthaltes in der Irrenanstalt in bezug auf seinen Geisteszustand zu beobachten und demnächst ein Gutachten darüber zu erstatten, für seine Mühewaltung in dem Falle zu entschädigen, daß von dem ursprünglich in Aussicht genommenen schriftlichen Gutachten später abgesehen und der Sachverständige nach längerer Beobachtung des Kranken nur im Hauptverhandlungstermin vernommen worden ist? Ist ihm eine Entschädigung auch für die Zeit, die er auf die Vorbereitung des mündlich erstatteten Gutachtens hat verwenden müssen, zuzusprechen?

II. StrS. B. v. 11. Juni 1909. g. M. 2 W 442/09.

Gründe: Die Beschwerde — der Staatsanwaltschaft — geht davon aus, daß die Besuche, die der Oberarzt Dr. R. dem Angeklagten in der Irrenanstalt gemacht hat, nicht als Vorbesuche im Sinne des § 6 des Gesetzes vom 9. März 1872 angesehen werden könnten. Das ist richtig, aber die Strafkammer hat diese Besuche auch nicht als Vorbesuche im Sinne des Gesetzes angesehen, sondern in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis angenommen, daß Vorbesuche nur die Besuche seien, die der Arzt dem Kranken in seiner Wohnung mache. Auf die Entscheidung dieser Frage kommt es aber im vorliegenden Fall nicht an.

Der Oberarzt Dr. R. hatte den Auftrag, den Angeklagten während seines auf Grund des § 81 StPO. angeordneten Aufenthalts in der Irrenanstalt in bezug auf seinen Geisteszustand zu beobachten und demnächst ein Gutachten darüber zu erstatten. Von dem ursprünglich in Aussicht genommenen schriftlichen Gutachten ist später abgesehen worden, der Sachverständige ist nur im Hauptverhandlungstermin vernommen worden, wofür er die Terminsgebühr mit 6 Mk. erhalten hat. Er verlangt aber eine weitere Entschädigung für die Zeit, die er auf die Vorbereitung des mündlich erstatteten Gutachten habe verwenden müssen, und dieser Anspruch ist ihm mit Recht zugesprochen worden.

Nach § 3 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige erhält der Sachverständige für seine Leistungen eine Vergütung nach Maßgabe der erforderlichen Zeitversäumnis, und diese Vergütung ist nach § 13 ebenda unter Berücksichtigung etwa bestehender besonderer Taxvorschriften für den Sachverständigen zu bemessen. Für Ärzte kommt als besondere Taxvorschrift das

Gesetz vom 9. März 1872 (GS. S. 265) in Betracht, das ausschließlich anzuwenden ist, soweit es eine Gebühr für die in Anspruch genommene Tätigkeit des Arztes festsetzt. Nach § 3 dieses Gesetzes stehen dem Arzte zu 6—24 Mk. für jedes mit wissenschaftlichen Gründen unterstützte, nicht bereits im Termin zu Protokoll gegebene Gutachten, und diese Gebühr kann nach § 6 des Gesetzes erhöht werden, wenn zu der verlangten Ermittlung besondere Vorbesuche nötig gewesen sind. Da als Vorbesuch in der Regel nur der dem Kranken in dessen Wohnung gemachte Besuch angesehen wird, so können Besuche, die der Arzt zur Vorbereitung des Gutachtens in seiner Wohnung oder in einem ihm zur Verfügung stehenden Amtszimmer empfängt, nur in der Weise berücksichtigt werden, daß die Gebühr für das Gutachten entsprechend hoch bemessen wird.

Die Vorschriften in den §§ 3, 6 des Gesetzes vom 9. März 1872 sind aber nur für schriftliche Gutachten anwendbar und versagen in dem vorliegenden Fall, wo der Arzt nach längerer Beobachtung des Kranken nur mündlich gehört worden ist. Denn es fehlt eine Vorschrift, nach welcher die Vergütung für die Vorbereitung auf ein mündlich zu erstattendes Gutachten zu bemessen wäre. Da der Arzt dem Kranken neun Besuche von je einstündiger Dauer und 14 kürzere Besuche gemacht und 1½ Stunden für die Bearbeitung seiner Aufzeichnungen über diese Besuche verwendet hat, so wäre diese Arbeit vom Arzt umsonst geleistet, wenn er nur die Gebühr für die Wahrnehmung des Termins zu beanspruchen hätte.

Das Gesetz von 1872 geht davon aus, daß der Arzt für seine Mühewaltung in gerichtlichen Angelegenheiten voll zu entschädigen sei; wo diese volle Entschädigung wegen Lückenhaftigkeit seiner eigenen Vorschriften nicht zu erreichen ist, können die allgemeinen Grundsätze über Entschädigung der Sachverständigen angewendet werden. (Vergl. RGZ. 31, 365 — auch JMBl. 1893 S. 135 — Gruchots Beitr. 44, 733. KG. 18. ZS. Bureaublatt f. gerichtliche Beamte 1907 S. 214.)

Nach diesen Grundsätzen hat die Strafkammer die erwähnten neuen Besuche als die Zeit in Ansatz gebracht, die der Arzt zur Vorbereitung seines mündlich erstatteten Gutachtens gebraucht hat. Ohne Vorbereitung hätte der Arzt das Gutachten überhaupt nicht erstatten können. Und wäre die Notwendigkeit eines Gutachtens ganz weggefallen, so hätte der Arzt für die ihm aufgetragene Beobachtung des Kranken entschädigt werden müssen. Die von der Strafkammer zugesprochene Entschädigung entspricht der Höhe nach den Vorschriften des kammergerichtlichen Tarifs vom 16. Dezember 1904. Aus diesen Gründen war die Beschwerde zurückgewiesen, nach § 505 StPO. auf Kosten der Staatskasse.

Oberlandesgericht Breslau.

Mitgeteilt vom Ersten Staatsanwalt Reinecke, Ratibor.

Urteil vom 4. Oktober 1904. — 3 S 288/04.

§ 372 *StPO.*

Die Angeklagte war vom Schöffengericht wegen Beleidigung in zwei Fällen zu je zwei, insgesamt zu 3 Tagen Gefängnis verurteilt. — Das Landgericht hob das Urteil auf die Berufung des Angeklagten auf und erkannte auf je 6 Mk. Geldstrafe, ev. je 2 Tage Gefängnis. Die Revision der Angekl., daß die Substituierung der viertägigen Gefängnisstrafe das erste Urteil zum Nachteil der Angeklagten abändern und insofern den § 372 StPO. verletze, ist vom Oberlandesgericht zwar an sich für zutreffend erachtet, sie konnte aber nach § 380 StPO. nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils führen, weil die Vorschrift des § 372 StPO. prozessualer Natur ist.

Beschluß vom 2. Dezember 1904. 8a W 632/04.

Die Bestimmung des § 363 Abs. 2 StPO. bezieht sich auch auf den Fall des § 360 a. a. O. — (Antrag auf Entscheidung des Berufungsgerichts.)

Beschluß vom 25. November 1904. 8a W 597/04.

§§ 412, 353 *StPO. Ergänzungen der sofortigen Beschwerde, welche später als eine Woche nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses eingehen, können mangels Wahrung der Frist des* § 353 *StPO nicht berücksichtigt werden.* —

Beschluß vom 24. Februar 1905. 8a W 102/06.

Der aus § 179 *GVGs festgesetzten Geldstrafe darf eine Freiheitsstrafe nicht unterstellt werden, weil dies dort nicht geschehen ist.*

Urteil vom 20. April 1906. 3 S 98/06.

§§ 150 [4a], 126*b GewO. Der Lehrvertrag muß auch dann schriftlich und in rechtsgiltiger Form abgeschlossen werden, wenn der Vater als Lehrherr seinen Sohn als Lehrling annimmt. Der Vater ist verpflichtet, zwecks rechtzeitigen Abschlusses eines rechtsgiltigen Lehrvertrags gemäß* § 1909 *BGBs. die Bestellung eines Pflegers für seinen Sohn herbeizuführen. — Der Abschluß eines Lehrvertrags zwischen Vater und Sohn allein entbehrt nach* §§ 107, 181 *BGBs. der Rechtsgiltigkeit. — Ein dauerndes Lehrverhältnis zwischen Vater und Sohn ist nicht lediglich anzusehen als eine fortgesetzte Ausübung der väterlichen Gewalt und der durch sie gegebenen Befugnis, den Sohn zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (*§ 1631 *BGBs.).*

Diese Befugnisse geben zwar dem Vater das Recht, den Beruf und den Lehrherrn zu bestimmen, oder die Ausbildung als Lehrherr selbst zu übernehmen, aber innerhalb des gewählten Berufes kann der Vater nicht durch seine elterliche Gewalt die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen ausschließen, weil nach den Motiven des § 126b GewO. das Erfordern der Schriftlichkeit dazu dienen soll, in allen Fällen die aus dem Lehrvertrage dem Lehrherrn erwachsende Verpflichtung und Verantwortlichkeit schärfer zu bestimmen. — — — (vgl. Urteil des OLG. in Naumburg a. S. vom 15. Nov. 1902; Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 60.)

Urteil vom 30. Januar 1906. 3 S 21/06.

§ 77 *der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 ist durch Art.* 95 *des EGs. zum BGB. nicht aufgehoben.*

Die Angeklagte hat ihrem Dienstmädchen, durch dessen Pflichtvergessenheit und ungebührliches Betragen gereizt, einen Schlag ins Gesicht gegeben, der nur als geringe Tätlichkeit angesehen ist. Eine Verurteilung aus § 223 StGB. ist nicht erfolgt, weil der Angeklagten der Schutz des § 77 der preß. Gesinde,-O. zugebilligt ist. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der § 77 a. a. O. kein Züchtigungsrecht begründe, sondern dem Dienstherrn nur Straflosigkeit zusichere und daher durch Art. 95 EG. zum BGB. nicht berührt werde. — Die Revision der Staatsanwaltschaft führt aus, Art. 95 des EG. zum BGB. habe augenscheinlich eine Züchtigung des Gesindes überhaupt beseitigen wollen, und wenn auch § 77 der Gesinde-O. nicht vom Züchtigungsrecht spreche, so schließe doch die Bestimmung der Straflosigkeit in den betr. Fällen eine derartige Befugnis tatsächlich in sich. — In Übereinstimmung mit dem Antrage des OStA. ist die Revision verworfen. Gründe: . . . Die Frage, ob § 77 Gesinde-O. noch gegenwärtig Geltung hat, ist in Theorie und Praxis bestritten (vgl. Nußbaum, Preuß. Gesinde-O. 1900 Nr. 1 zu § 77). Der Strafsenat hat sich für die Bejahung der Frage entschieden, da mit Rücksicht auf den eigenartigen, wesentlich öffentlich-rechtlichen und in der sozialen Grundauffassung des Gesindeverhältnisses wurzelnden, Charakter der Vorschrift anzunehmen ist, daß sie durch die spätere Gesetzgebung nicht berührt worden ist. — Daß § 77 Gesinde-O. durch das StGB. (§ 2 EG.) weder aufgehoben, noch modifiziert worden ist, hat bereits das preuß. Obertribunal in der Entscheidung v. 18. Okt. 1872 (Entsch. 67 64) ausgesprochen, wie auch das RG. in der Entsch. 2, 7 diese Bestimmung ohne weiteres als fortbestehend angesehen hat; ebenso Verfügung des preuß. Ministers des Innern vom 11. 8. 1898, Min.-Bl. f. d. J.-V. S. 201. — Aber auch aus Art. 95. Abs. 3 EG. zum BGB. ist eine Aufhebung des § 77 a. a. O. nicht zu entnehmen, weil § 77 kein Züchtigungsrecht, d. h. kein gesetzlich anerkanntes Recht zur Züchtigung verleiht, sondern nur die Dienstherrschaft

insoweit straflos läßt, als die dort bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Vgl. Förster-Eccius 1897; Anm. 27 zu § 237, Bd. 4 und Planck 1905, Anm. 4 zu Art. 95 EG. zum BGB.; Entsch. des OLG. Marienwerder in Pos. Monatsschrift 1901, 170; Jacobi, Gesinde-O. S. 124, 125. . . .

Beschluß vom 11. Mai 1906. 8a W 187/06.

§ *406 StPO. Ein Wiederaufnahmeantrag, welchen der zuständige Gerichtsschreiber durch Abschreiben einer vom Angeklagten übergebenen Abhandlung unter Hinzufügung lediglich des Vermerkes, der Angeklagte fühle sich unschuldig und begehre die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß* § *399*[5] *StPO., aufnimmt, ist nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht und daher mangels der gesetzlichen Form nach* § *408 StPO. als unzulässig zu verwerfen.*

Urteil vom 12. Juli 1904. 3 S 198/04.

§ *367*[5] *StGBs. — Kaiserl. Verordg. vom 22. Oktober 1901.*

Bei dem Angeklagten, einem Drogisten, wurden bei einer Revision durch den Kreisarzt einige Flaschen Restitutionsfluid, ein zu den in Ziffer 5 des Verzeichnisses der Kais. Verordnung vom 22. X. 1901 ger. Mischungen von Ätherweingeist, Kampferspiritus, Salmiakgeist, Seifenspiritus und Spanischpflastertinktur gehöriges Heilmittel, vorgefunden. Auf den Flaschen waren die Bestandteile lediglich in lateinischer Sprache angegeben. — Das LG. hatte freigesprochen aus der Erwägung, daß die lateinische Angabe der Bestandteile genüge, weil die fr. Verordnung die Angabe in deutscher Sprache nicht ausdrücklich vorschreibe, weil sie in ihrem Verzeichnis B neben den deutschen die lateinischen, und diese sogar an erster Stelle, aufführe, und weil die Angabe der Bestandteile dazu dienen solle, den zur Ausübung der medizinalpolizeilichen Kontrolle bestimmten Beamten die Kontrolle zu erleichtern, hierzu aber die lateinische Angabe genüge. —

Das OLG. hat unter Aufrechterhaltung der tatsächl. Feststellungen das Urteil aufgehoben und den Angekl. zur gesetzlich niedrigsten Strafe verurteilt. Gründe: Die Kais. Verordnung bezeichnet diejenigen Artikel, welche dem freien Verkehr freigegeben sind, ausschließlich in deutscher Sprache, während sie die lateinische Sprache neben der deutschen zur Bezeichnung derjenigen Artikel anwendet, welche den Apotheken vorbehalten sind. So bezeichnet sie auch in Ziffer 5 des Verz. A. bei der hier in Rede stehenden Mischung die einzelnen Bestandteile nur in deutscher Sprache ohne Hinzufügung der botanischen, lateinischen Bezeichnungen. Hieraus ist zu entnehmen, daß die vorgeschriebene Angabe der Bestandteile mit den gleichen, von der Verordn. gegebenen deutschen Bezeichnungen zu erfolgen hat, um dem Publikum die Möglichkeit zu bieten, sich über die zu der Mischung verwandten einzelnen Bestandteile zu vergewissern. . . .

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt vom Geh. Justizrat Bergmann in Celle.

StGB. § *367 Nr. 3: kaiserliche Verordnung vom 22. Oktober 1901. Zum Begriffe des nach dieser kaiserlichen Verordnung dem freien Verkehr freigegebenen „Heftpflasters“.*

Urteil vom 13. November 1905 (3. S. 104/05).

Bezüglich der Frage, ob das fragliche Pflaster, nämlich sog. Hamburger Heftpflaster, zu den Zubereitungen gehört, welche nach dem Verzeichnis A der kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 dem Verkauf in Apotheken vorbehalten sind, ist dem Berufungsgericht darin beizustimmen, daß nicht schon die bloße Bezeichnung einer Zubereitung als „Heftpflaster“ dazu führen kann, sie als dem freien Verkehr freigegeben anzusehen, daß vielmehr geprüft werden muß, ob die Zubereitung in Wirklichkeit ein Heftpflaster ist. Wenn etwa festzustellen wäre, daß das vorliegende Pflaster tatsächlich ein Pechpflaster darstellt, so würde sich schon aus dieser Tatsache in Verbindung mit der Feststellung des Bleigehalts ergeben, daß es dem freien Verkehr entzogen ist. Was

den Begriff des Heftpflasters anlangt, so versteht das Gesetz unter dieser Bezeichnung nicht nur das gestrichene Heftpflaster. Das folgt aus dem Umstande, daß eine solche Beschränkung in der vor dem Inkrafttreten der kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 gültigen Verordnung vom 27. Januar 1890 ausdrücklich ausgesprochen war, aber in der gegenwärtig gültigen Verordnung fortgelassen ist. Daß es auch darauf nicht ankommen kann, ob das Pflaster nur die im deutschen Arzneibuch vorgesehenen Bestandteile eines Heftpflasters, oder noch andere Ingredienzen enthält, ergibt sich daraus, daß in der kaiserlichen Verordnung nirgends auf das deutsche Arzneibuch Bezug genommen ist, und daß ein großer Teil der in der Verordnung genannten Arzneimittel im Arzneibuch gar nicht vorkommt. Endlich darf der Begriff des Heftpflasters auch nicht dahin beschränkt werden, daß nur solche Pflaster darunter fallen, welche lediglich zum mechanischen Verschluß der Wunde bestimmt sind und keine Heilsubstanzen enthalten. Denn in § 1 der Verordnung ist bestimmt, daß bestimmte Zubereitungen als Heilmittel nur in Apotheken feilgehalten werden dürfen, ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht. Wenn nun von dieser Vorschrift die Heftpflaster schlechtweg ausgenommen sind, so sind sie bei richtiger Auslegung auch für den Fall ausgenommen, daß sie heilkräftige Stoffe enthalten. Für diese Auslegung des Gesetzes spricht auch der Umstand, daß das deutsche Arzneibuch bleihaltige Heftpflaster aufführt. (Vgl. Goltdammers Archiv Bd. 43 S. 267.)

Beschluß vom 30. Oktober 1905 (3. W. 307/05).

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige § 14. Für die Frage, ob eine zu staatlichen Diensten gegen Entgelt angenommene Person als „öffentlicher Beamter" im Sinne des oben angeführten § 14 anzusehen ist, ist nach preußischem Rechte allein entscheidend, ob die anstellende Behörde sie als „öffentlichen Beamten" hat anstellen wollen. Insbesondere ist eine zur Visitation und Reinigung der weiblichen Gefangenen und zur Wahrnehmung des Küchendienstes im Gefängnisse gegen Entgelt angenommene weibliche Person nicht schon deshalb „öffentlicher Beamter", weil sie mit Rücksicht auf diese Geschäfte mit dem allgemeinen Staatsdienereide belegt ist.

Die Beschwerdeführerin, die als Zeugin vernommen war, verlangt Gewährung von Zeugengebühren nach § 14 der Geb.-Ord. f. Zeugen und Sachverst. Die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung liegen vor. Es fragt sich nur, ob sie als „öffentlicher Beamter" anzusehen ist.

Wer „öffentlicher Beamter" im Sinne der gedachten Bestimmung ist, entscheidet sich nach dem Staatsrecht des Bundesstaates, in dem die Beamteneigenschaft in Anspruch genommen wird, hier also nach preußischem Staatsrecht. —

Die Beschwerdeführerin ist von dem Vorsteher des Königlichen Gerichtsgefängnisses in W. dazu bestellt worden, die Visitation und Reinigung der weiblichen Gefangenen gegen eine gewisse Entschädigung zu besorgen. Sie hat darauf den allgemeinen Staatsdienereid vorschriftsmäßig abgeleistet.

Die Bestellung und Beeidigung der Beschwerdeführerin erfolgte auf Grund einer allgemeinen Ermächtigung, welche seitens des Präsidenten des Oberlandesgerichtes und des Oberstaatsanwalts den Vorstehern von Gerichtsgefängnissen, bei denen Gefangenaufseherinnen nicht vorhanden sind, erteilt war.

Auf Grund einer weiteren Verfügung des Präsidenten des Oberlandesgerichts und des Oberstaatsanwalts ist die Beschwerdeführerin von dem Gefängnisvorsteher bei dem Amtsgericht in W. auch als Küchenmeisterin des Gerichtsgefängnisses in W. angestellt. Für ihre gesamte Tätigkeit ist ihr eine bestimmte Jahresremuneration, die auf die sächlichen Ausgaben zu verrechnen war, zugebilligt worden. Mit Unrecht leitet die Beschwerdeführerin aus diesen Vorgängen ihre Eigenschaft als Beamtin ab.

Die Beamteneigenschaft wird nur dadurch erworben, daß die betreffende Person von der zur Anstellung berufenen Behörde als Beamter angenommen wird. Es entscheidet also der Wille der anstellenden Behörde. Im vorliegenden Falle haben nun die zur Anstellung berufenen Behörden die Beschwerdeführerin ausdrücklich zu Diensten angenommen, für die sie aus Fonds für sächliche Ausgaben bezahlt werden sollte (Kap. 74 Tit. 22—26 des Etats). Es gilt aber der Grundsatz, daß Bezüge der Nichtbeamten auf die Fonds für sächliche Ausgaben zu verrechnen sind. (Vgl. Allg. Verf. d. Justizmin. v. 21. März 1896, JMBl. 1896 S. 94.) — Daraus folgt, daß die zur Anstellung berufene Behörde die

Beschwerdeführerin nicht als Beamten hat bestellen, sondern lediglich durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag zu den ihr übertragenen Geschäften hat verpflichten wollen.

An diesem Ergebnis wird dadurch nichts geändert, daß die Anstellungsbehörde die Beschwerdeführerin den allgemeinen Staatsdienereid hat leisten lassen. Die Leistung des Diensteides ist für die Beamteneigenschaft nicht maßgebend und macht Nichtbeamte nicht zu Beamten. Es ist auch nicht der Schluß statthaft, daß die Anstellungsbehörde, weil sie von der Beschwerdeführerin den Diensteid gefordert habe, den Willen gehabt haben müsse, sie als Beamten zu berufen.

Da die Beschwerdeführerin hiernach nicht die Eigenschaft eines öffentlichen Beamten im Sinne des § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige hat, war ihre Beschwerde zurückzuweisen.

Oberlandesgericht Düsseldorf.

Mitgeteilt von Landrichter Dr. Maeder, Crefeld.

Bei welchem Gericht ist die Beschwerde des § 183 GVG. einzulegen?

Beschluß des Oberlandesgerichts (Strafsenat) in Düsseldorf vom 30. Dezember 1909.

Der Beschwerdeführer ist durch Beschluß des Schöffengerichts vom 24 November 1909 wegen einer in der öffentlichen Sitzung des Schöffengerichts vom 24. 11. 1909, der er als Zuschauer anwohnte, begangenen Ungebühr in zehn Mark Geldstrafe (ev. 2 Tagen Haft) genommen worden. Die hiergegen erhobene Beschwerde ist nach §§ 179, 183 Ger.-Verf.-G. zulässig. Sie ist auch rechtzeitig erhoben, da sie, nachdem der angefochtene Beschluß am 24. Nov. verkündet war, am 30. November, also innerhalb der einwöchentlichen Frist, bei dem Amtsgericht eingegangen ist. An das Oberlandesgericht ist sie freilich. obwohl die Abgabe vom Amtsrichter bereits am 2. Dezember verfügt war, erst am 9. Dezember, also mit unzulässiger Verspätung, gelangt. Die Einreichung bei dem Gericht, welches die Ordnungsstrafe erlassen hat, genügt aber zur Wahrung der Frist des § 183 GVG. Da das Rechtsmittel dort schlechthin als „Beschwerde" bezeichnet ist und im Absatz 3 nur gesagt wird: „Über die Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht", so ist nicht anzunehmen, daß sie bei letzterem einzureichen, sondern vielmehr, daß sie wie eine sofortige Beschwerde im Sinne der Strafprozeßordnung zu behandeln ist und folglich auch § 348 Absatz 1 — vgl. § 353 StPO. — auf sie Anwendung findet (vgl. Löwe N. 3 zu § 183 GVG. und Oberlandesgericht Dresden bei Warneyer, 1907, S. 2051).

Die Beschwerde ist aber als unbegründet zu verwerfen, da Beifallsrufe in einer Gerichtsverhandlung in der Tat als eine grobe Ungebühr anzusehen sind und die dem Beschwerdeführer vom Schöffengericht zuerkannte Strafe nicht zu hoch erscheint

---

Oberlandesgericht Dresden.

Mitgeteilt vom Oberlandesgerichtsrat Dr. v. Feilitsch, Dresden.

Öffentliche Verteilung von Flugblättern kann, muß aber nicht eine Übertretung nach § 360 Ziff. 11 StGB. darstellen.

Urteil vom 28. Februar 1907. III. 34/07.

Daß das Anhalten von Personen auf offener Straße auch zwecks der Verteilung nur harmloser Druckschriften, umsomehr aber zwecks Aufdrängung von Hetzflugblättern eine Belästigung für die davon betroffenen Straßengänger sein könne, läßt sich zugeben. Aber ohne Hinzutritt besonderer erschwerender Umstände trägt diese, verhältnismäßig doch nicht erhebliche Behelligung noch nicht die Merkmale des groben Unfugs an sich.

Gegen die Annahme groben Unfugs spricht das ungehinderte Gebahren wohl aller politischen Parteien zu Zeiten und an Tagen öffentlicher Wahlen. Von

Freund und Feind werden alsdann die ihres Wegs auf den Straßen gehenden Bürger mit Schriften politischen Inhalts geradezu überschüttet. Das ist lästig, ist aber nicht schon deshalb und nicht schon an sich ein störender Eingriff in den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung. Wenn freilich die Art und Weise der Verteilung von Flugblättern einen direkt hausfriedensbruchartigen Charakter annimmt, indem die Verteiler, wohl gar auch zu gänzlich unpassenden Tageszeiten, bis in die Häuser eindringen und dort ihre Sachen aufdrängen, so kann ein solches Gebahren unter Umständen einen so hochgradigen Unwillen der Belästigten erzeugen, daß sie daraufhin Neigung verspüren, nunmehr ihrerseits zu Streit, Zank und selbst zu Tätlichkeiten gegenüber den Eindringlingen zu verschreiten. Bei solcher Sachlage oder wenn etwa bereits auf der öffentlichen Straße eine erregte Menschenmenge hin- und herwogt, vermag alsdann auch schon die Aufdrängung unwillkommener Flugblätter oder deren mehr oder weniger schroffe Ablehnung sehr leicht und in Bälde den Ausbruch von Straßenunruhen zu erzeugen. Daß in solchen und ähnlichen Fällen die Voraussetzungen vorliegen können, um auch in dem Austeilen hetzerischer Flugblätter den Tatbestand in § 360, 11 StGB. als gegeben anzusehen, ist in oberrichterlichen Entscheidungen mehrfach anerkannt worden. Aber nichts von alledem ist hier festgestellt. Vorliegend handelte es sich zunächst überhaupt nicht um eine Angelegenheit der Allgemeinheit, sondern der Zweck der Flugblattverteilung bestand nur darin, einige neue Mitglieder für eine bestimmte Arbeiterorganisation zu gewinnen. Das übrige große Publikum stand diesem Unternehmen annehmbar teilnahmslos gegenüber. Unter denen aber, auf die sich die Tätigkeit des Angeklagten allein erstreckte, hat sich keinerlei äußere Unruhe oder Erregung gezeigt; kein Zusammentreten von Arbeitergruppen, kein auf Neigung zu Tätlichkeiten oder auch nur zum Beginnen von Streit und Zank, insbesondere mit Nichtorganisierten oder solchen, die das Flugblatt ablehnten, hindeutendes Verhalten auch nur einer einzigen Person ist wahrgenommen worden.

Ist eine mit einer Lehranstalt verbundene Stellenauskunftei eine gewerbsmäßige Stellenvermittlung? GewerbeO. §§ 34, 38, 147 Ziff. 1. K. Sächs. MinVO. vom 6. August 1902.

Urteil vom 16. Mai 1907. III. 85/07.

Seit längerer Zeit pflegt der Angeklagte, Inhaber einer Unterrichtsanstalt für Schön- und Maschinenschreiben, Handelsfächer und Sprachen in D., ihm von Geschäftsinhabern und anderen aus freien Stücken zugegangene Anzeigen über offene Stellen für solche Personen, wie sie in seiner Anstalt vorgebildet werden, seinen Schülern, soweit sie sich hierfür zu eignen scheinen, zu beliebiger Benützung mitzuteilen und ihrer Bewerbung gelegentlich Empfehlungen beizufügen. Kündigt er seine Anstalt in Zeitungen an, so hebt er diesen Stellennachweis mit hervor. Wenn die Nachfrage nach Stellen seitens der Schüler die Angebote übersteigt, inseriert er, um solche zu erlangen, zuweilen auch lediglich, daß dergleichen Stellen von ihm kostenlos nachgewiesen würden. Um Prinzipalen, die ihn über das Offensein von Stellen benachrichtigt haben, auch dann zu Diensten sein zu können, wenn er selbst keine dafür passenden Schüler zur Verfügung hat, erläßt er überdies Ankündigungen in den Zeitungen des Inhalts wie: „Mehrere Sten. u. Maschinensch. (Herren u. Damen) sucht R.'s Unterr.-Anst. für sofort zu besetzende Vakanzen." Melden sich daraufhin Bewerber, so prüft er ihre Zeugnisse und gibt ihnen geeignetenfalls von den Adressen der Prinzipale Kenntnis. Ein Auftragsverhältnis zwischen letzteren und dem Angeklagten liegt nicht vor. Ebensowenig unterhandelt er zwischen ihnen und den Schülern oder den Dritten. Unwiderlegt ist ferner seine Behauptung, daß er für seine geschilderte Tätigkeit eine Vergütung weder beanspruche noch empfange.

Annehmbar wohnte dem Handeln des Angeklagten im Interesse seiner Anstalt kein anderes Bestreben inne, als das, ihren Besuch dadurch zu erhöhen, womit zugleich seine Einkünfte wachsen mußten. Auch das Bestreben, mittelbar einen Gewinn zu machen, kann den Begriff der Gewerbsmäßigkeit erfüllen. Denn gewerbsmäßig betrieben wird alles, was innerhalb einer mit dem Willen fortdauernden Weiterführung vorgenommenen, auf Gewinnerzielung gerichteten Erwerbstätigkeit geschieht, gleichviel ob es mit dem eigentlichen Gegenstande oder Hauptzweige derselben in ununterbrochenem oder nur losem Zusammenhange steht, sie unmittelbar oder nur mittelbar fördert (RGSt. 37, 281 und Zit.;

DJZ. 1899, 134, 159, GA. 48, 442 u. die Komm. zur Gew.-O. § 1). Was aber der Angeklagte getan hat, war weder in dem einen noch in dem anderen Falle eine Stellenvermittlung im Sinne von §§ 34, 38, 147 Abs. 1 Gew.-O. verb. mit K. S. V. O. v. 6. Aug. 1902 (GBl. 339). Wie das OLG. in Annalen 27, 28, im Anschlusse an RGSt. 36, 223 bereits dargelegt hat, erfordert eine derartige Vermittlung, daß ein bestimmter Arbeitnehmer einem einzelnen Arbeitgeber tatsächlich zugeführt und zu diesem Behufe, zwecks Zusammenbringung geschäftlich oder gewerblich für einander passender Personen, eine besondere Mühewaltung entfaltet wird, die nicht etwa bloß entfernt mit geeignet sein kann, die Besetzung einer Stelle zu befördern, mit dem eigentlichen Vertragsabschlusse aber nichts zu tun hat. Hiernach ging es offenbar zu weit, in dem Verfahren des Angeklagten mehr zu erblicken, als eine Auskunftserteilung und die Schaffung von Beziehungen, auf Grund deren Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit einander in nähere Verhandlung treten sollten und konnten. Auf eigenes Zuführen, Näherbringen und Abschließen des Vertrags über die angebotenen oder gesuchten Stellen nach beiden Seiten, sowohl nach der des Arbeitgebers als des Ansuchenden, war es nicht gerichtet. Vielmehr entsprach es im wesentlichen der Tätigkeit, wie sie von Annoncenbureaus, Stellenanzeigern usw. entwickelt wird und nach der erwähnten Rechtsprechung nicht als Stellenvermittlung im Sinne der Gewerbeordnung zu betrachten ist.

Auf alle Fälle jedoch wird die Freisprechung des Angeklagten von der weiteren Beweisannahme des LG. getragen, daß ihm, selbst wenn er gewerbsmäßig Stellen in objektiv unbefugter Weise vermittelt hätte, weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fiele, weil er nach Erlaß der K. Sächs. Min.-V.O. vom 6. August 1902 Art und Umfang des von ihm gehandhabten Stellennachweises einem ihn hierüber dienstlich befragenden Polizeibeamten wahrheitsgemäß auseinandergesetzt habe, ohne daß daraufhin behördlicherseits etwas wider ihn erfolgt, insbesondere ohne daß er aufgefordert worden sei, die Erlaubnis zur Stellenvermittlung einzuholen oder die für Stellenvermittler vorgeschriebenen Einrichtungen zu treffen, weshalb er auch infolge entschuldbaren Irrtums sein bisheriges Tun für erlaubt gehalten und fortgesetzt habe.

Rohaufarbeitung von Steinen und Beschäftigung von Arbeiterinnen in Steinbrüchen. § 10 der Bekanntm. des Reichskanzlers vom 20. März 1902 u. § 120e, 147 Abs. 1 Ziff. 4 GewO.

Urteil vom 27. Juni 1907. III. 123/07.

Die Angeklagten bauen unweit des Elbufers Steinbrüche ab. Sie gewinnen hierbei u. a. Steinknackmaterial (Klarschlag) zur Straßenbeschotterung und zwar in der Weise, daß Steine aus den Brüchen auf Gleisanlagen mittels Loris etwa 150—200 Meter weit nach der Elbe zu gefahren und dort von Arbeiterinnen mit Klopfhammer zerkleinert werden. Der Klarschlag wird alsdann in Kähne auf der Elbe verladen.

Wenn nun die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. März 1902, betr. die Einrichtung und den Betrieb von Steinbrüchen und Steinhauereien (Steinmetzbetrieben), RGBl. 78, in § 10 Abs. 1 verbietet, in Steinbrüchen Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter bei der Steingewinnung oder der Rohaufarbeitung von Steinen zu beschäftigen, so unterliegt es zunächst keinem Bedenken, die geschilderte Zerkleinerung der aus den Steinbrüchen der Angeklagten herzugefahrenen Steine durch die Arbeiterinnen als Rohaufarbeitung im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung aufzufassen. Das OLG. hat bereits in dem Urteile vom 24. August 1905 (Sächs. Archiv 1906, 307) seine Ansicht ausführlich begründet, daß hiernach unter Rohaufarbeitung jede nicht steinmetzmäßige Zurichtung des gebrochenen Gesteins, somit auch das Knackschlagen, zu verstehen sei, und dabei namentlich auf die in der Bekanntmachung selbst hervorgehobenen Gegensätze der Steingewinnung (= Losbringen des Gesteins vom gewachsenen Felsen), der Steinhauerei (= steinmetzmäßige, über die Rohaufarbeitung hinausgehende Bearbeitung der Werkstücke; Feinaufarbeitung) und der zwischen beiden verlaufenden Tätigkeit der Rohaufarbeitung, ferner auf den sozialen Schutzzweck der Vorschrift, die weibliche und jugendliche männliche Arbeiter vor den gesundheitsschädlichen Einwirkungen des Steinstaubes bewahren will, endlich auf die Erfahrungstatsache, daß auch bei der Herstellung des Klarschlages in kaum minderem Maße als bei den anderen Erzeugnissen des

Steinbruchbetriebs die abzuwenden beabsichtigte Gefahr für die Gesundheit obwaltet, das entscheidende Gewicht gelegt. Hiervon abzugehen bieten auch die Ausführungen in den Revisionsschriften keinen hinreichenden Anlaß. Die Annahme der Beschwerdeführer, Rohaufarbeitung sei lediglich die erste Stufe der Bearbeitung nach der Gewinnung der Steine, nämlich das Zerkleinern der Wände und der großen Stufenstücke zur Verarbeitung und zum Weitertransporte, nicht aber das fernere Zerkleinern für Zwecke der Beschotterung, woran anscheinend die Gesetzgebung nicht gedacht habe, ist ebenso willkürlich wie die Meinung, die Bek., die nicht sowohl die Art der Technik, sondern die gesundheitliche Gefährdung zum Maßstabe habe, sehe die Herstellung des Knacks überhaupt nicht als gefährlich für Frauen an, denn sonst hätte sie die Verwendung von Arbeiterinnen hierzu schlechthin und nicht bloß in Steinbrüchen verbieten müssen; aus dem Mangel eines solchen allgemeinen Verbots gegenüber der Betonung dessen, was im einzelnen untersagt sei, müsse also entnommen werden, daß diese Form der Zerkleinerung gerade nicht unter den Begriff der Rohaufarbeitung fallen solle und könne. Was Rohaufarbeitung sei, sagt allerdings die Bek. nicht näher. Daraus folgt indes nur, daß sich der Inhalt des Begriffs nach der Anschauung des Verkehrslebens zu bestimmen hat. Ersichtlich wohnt ihm eine Sammelbedeutung bei. Seine Abgrenzung wird vornehmlich durch die Prüfung und Erkenntnis des Gegensatzes, der Feinaufarbeitung, gefördert. Beide unterscheiden sich durch den Grad der Genauigkeit, der bei der Formgebung des Arbeitsstücks angewendet werden muß, der Beschaffenheit der Werkzeuge, der Arbeitsmethoden und der Geschicklichkeit der Arbeiter. Wie nicht zu bezweifeln, gehört das Zerschlagen von Abfallstücken oder sonstigen Steinen mittels einfacher Klopfhämmer, die eine absichtlich herbeigeführte regelmäßige Gestaltung des Arbeitserzeugnisses nicht ermöglichen, zu der ursprünglichsten, rohesten Form der Steinbearbeitung. Es stellt also recht eigentlich eine Rohaufarbeitung dar, die sogar noch hinter dem Behauen der Gesteinsblöcke nach ihrer Lostrennung vom Felsen zu rohen Würfeln oder ähnlichen Gebilden zurückbleibt. Daß die Anfertigung derartigen Klarschlags von der Bekanntmachung nicht mit habe getroffen werden sollen, wäre deswegen nur dann zu bejahen, wenn sie das ausdrücklich ausgesprochen hätte, zumal ihr sozialer Zweck sich mit der von den Beschwerdeführern vertretenen Begriffseinschränkung nicht verträgt. Dies ist keine unzulässige, erweiternde Auslegung von Strafrechtsnormen. Die Nichterwähnung des Knack- oder Klarschlages beanzeigt noch keineswegs, daß die Gesetzgebung an diese Form der Zerkleinerung nicht gedacht habe. Sie ist vielmehr in der Rohaufarbeitung, von der § 10 Abs. 1 redet, begrifflich mit enthalten.

Eher ließe sich mit einigem Schein Rechtens bemängeln, daß die Arbeitsstätte der von den Beschwerdeführern beschäftigten Frauen durch das Verbot in § 10 mit umfaßt worden sei. Denn nach dem reinen Wortsinn wird man einen Platz, der 150—200 Meter von dem eigentlichen Steinbruche entfernt ist, kaum mehr zu diesem rechnen und eine Beschäftigung daselbst schwerlich als eine solche im Steinbruche bezeichnen dürfen. Es wäre jedoch unzulässig, an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften und darüber den Gedanken- und Willensinhalt außer Augen zu setzen, der in Wirklichkeit nach Entstehung, Zweck und inneren Zusammenhang der gesetzlichen Anordnung mit ihm verknüpft ist. Erwägt man dies, so erweist sich der Revisionseinwand, ein Steinbruch sei immmer lediglich die Örtlichkeit, wo die Steine gebrochen würden, als haltlos.

§§ 120a folg. GewO. zählen die Anforderungen auf, die in bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit der Arbeiter in gewerblichen Betrieben an die Gewerbeunternehmer zu stellen sind. § 120e Abs. 1 ermächtigt den Bundesrat, gewisse Arten von Anlagen besonders zu regeln. Auf Grund dieser Ermächtigung ist, wie sie selbst erklärt, die Bekanntmachung vom 20. März 1902 ergangen. In Überschrift und Eingang werden die in ihr zu erlassenden Bestimmungen ausdrücklich als solche bezeichnet, die die Einrichtung und den Betrieb von Steinbrüchen und Steinhauereien (Steinmetzbetrieben) ordnen sollen, und die Vergleichung der einzelnen Paragraphen lehrt, daß sie nicht bloß auf den von dem Losbrechen des Gesteins vom Felsen unmittelbar berührten Raum oder auf den Gefahren- und Belästigungsbereich, sondern auf den ganzen Betrieb des Gewerbes, soweit er sich in und am Steinbruch abspielt, berechnet sind und diesen aus den erwähnten Gesichtspunkten reglementieren. Gemeint ist mit Steinbruch in der Bekanntmachung, wofür § 11

Abs. 2 einen deutlichen Fingerzeig gibt, die „regelmäßige Betriebsstätte", in der das Steinbruchsunternehmen zur Ausführung gelangt. Wie weit sich deren Bereich erstreckt und wie weit er sich erstrecken darf, um noch unter „Steinbruch" einbezogen werden zu können, ist eine nach den jeweiligen konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantwortende Tatfrage. Eine ausschließlich wirtschaftliche Verbindung der verschiedenen Gewerbsausübungsakte genügt freilich nicht; sonst würde z. B. die Beschäftigung in einer Steinhauerei oder in einem Steinmetzkontor, die etwa mehrere Kilometer von den Steinbrüchen ab lägen, immer noch im Steinbruche stattfinden. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß ein örtlicher Zusammenhang zwischen der Beschäftigungsstätte und dem Steinbruche bestehen muß. Wie eng oder wie weit aber dieser Zusammenhang zu sein hat oder sein darf, richtet sich wiederum ganz nach den Verhältnissen des Einzelfalles. Der Platz, wo die Arbeiterinnen der Angeklagten die Steine zu Knack zerkleinerten, war nur 150—200 m von der Bruchstelle entfernt und mit dieser durch Bahngleise verbunden; auf letzteren wurde ihnen das zu bearbeitende Material aus dem Bruche zugerollt. Das Klarschlagen erfolgte also noch nahe am eigentlichen Bruche im engeren Sinne und bildete einen Teil des einheitlichen Steinbruchbetriebes. Unter solchen Umständen die Beschäftigung der Frauen eine Beschäftigung „im Steinbruche" zu nennen, wie seitens der Vorinstanz geschehen, ist nicht zu beanstanden. Ob sich Bedenken einstellen würden, jemehr der Bruchort mit dem Absprengen der Wände allmählich von dem Klarschlageplatze zurückrückte oder dafern dieser weiter vom Bruche wegverlegt wurde, bedarf zur Zeit keiner Erörterung.

Ist das Strecken erblasener Glaswalzen zu Tafelglas in Glashütten an Sonntagen zulässig? §§ 105^{b-g} GewO.; bundesrätliche Bekanntmachungen vom 5. Februar 1895 und 23. Mai 1906.

Urteil vom 19. Dezember 1907. III. 238/07.

Die Bestimmungen in § 105c Ziff. 3 und 4 sind deshalb für anwendbar erachtet worden, weil, wenn die an Sonn- und Festtagen im Erweiterungsbau des Angeklagten, der allein hier in Frage kommt, erblasenen Glaswalzen nicht an demselben Tage noch gestreckt würden, der Raum in der Hütte derart beschränkt werden würde, daß am darauffolgenden Tage der Blasbetrieb ruhen müßte, also der volle Werktagsbetrieb nicht aufgenommen werden könnte, überdies aber auch die Gefahr bestehe, daß die Glaswalzen, wenn sie Sonntags vierundzwanzig oder noch mehr Stunden in der Hütte stünden, besonders infolge Temperaturwechsels und Rauch- und Staubeinwirkung Schaden erleiden, das Strecken an Sonn- und Festtagen also zur Verhütung des Mißlingens von Arbeitserzeugnissen erforderlich sei.

Unter Arbeiten, die, weil sie an Werktagen nicht vorgenommen werden können, gegenüber dem allgemeinen Verbote der gewerblichen Sonntagsarbeit in § 105c Ziff. 3 und 4 ausnahmsweise für zulässig erklärt sind, können, was zunächst die Arbeiten betrifft, von denen die Wiederaufnahme des vollen werktägigen Betriebs abhängig ist, an sich nur etwaige Neben- und Hilfsarbeiten, wie beispielsweise das Inganghalten der Feuerung und ähnlicher Arbeiten verstanden werden, wie schon der Zusammenhalt mit den in Ziff. 3 noch hervorgehobenen Reinigungs- und Instandhaltungsarbeiten erkennen läßt. Arbeiten aber, die zur Herstellung des Arbeitsproduktes selbst dienen, also reine Produktionsarbeiten sind, sind darunter an sich überhaupt nicht oder höchstens in ganz besonders gearteten Ausnahmefällen zu rechnen. Ein solcher Ausnahmefall ist nicht beanzeigt. Denn es ist davon auszugehen, daß die Streckarbeit in Glashütten an sich, und im allgemeinen hat nach den gesetzgeberischen Absichten und Zwecken, wie sie den Bestimmungen in § 105c und 105d GewO. und den vom Bundesrat zu § 105d erlassenen Bek. vom 5. Februar 1895 (RGBl. S. 12) und vom 23. Mai 1906 (RGBl. S. 475) in bezug auf den Glashüttenbetrieb erkennbar zugrundeliegen, für die Sonn- und Festtage verboten sein sollen. Diese Absicht war augenscheinlich schon bei Erlaß der Bek. vom 5. Februar 1895 maßgebend. Sie ist aber durch die annehmbar zur Beseitigung entstandener Zweifel erlassene Bek. vom 23. Mai 1906 noch deutlicher dadurch zum Ausdruck gebracht worden, daß nach ihr für die Herstellung von Tafelglas nur die Bearbeitung der „flüssigen" Glasmasse Sonntags freigegeben sein soll. Eben dadurch ist zum Ausdruck gelangt, daß eine weitere Bearbeitung von Glas, mithin auch das eine Bearbeitung „flüssiger" Glasmasse nicht darstellende Strecken der erblasenen Glaswalzen zu Tafelglas,

mindestens für die Regel als eine noch zulässige Sonntagsarbeit nicht anzuerkennen sei. Dem lag offenbar die Erfahrung zugrunde, daß die Vornahme der Streckarbeit an Sonn- und Festtagen im allgemeinen nicht nötig sei, weil an sich die technische Möglichkeit vorliege, die in sieben Tagen erblasenen Glaswalzen in sechs Tagen, also den Wochentagen, zu strecken Es würde daher annehmbar auch dem Angeklagten möglich sein oder schon bei der Herstellung seiner Anlage möglich gewesen sein, die technischen Einrichtungen und Vorkehrungen zu treffen, die ihn in den Stand setzten, die Vornahme der Streckarbeiten an Sonn- und Festtagen zu unterlassen. Wie er das Ansammeln zu viel geblasener Walzen vermeiden kann, ob durch Verstärkung der Montagsstreckarbeit oder insbesondere durch Einschränkung der Sonntags- oder Montagsblasarbeit oder sonstwie, steht in seinem Ermessen. Jedenfalls kann der Umstand, daß die Blasarbeit an Sonn- und Festtagen zufolge der durch die Bekanntmachungen des Bundesrats nach § 105d GewO. begründeten Ausnahme an sich unzulässig ist oder daß die Unterlassung der Streckarbeit an Sonntagen an sich oder die hierfür einzuführenden anderweiten technischen Vorkehrungen mit Schäden und Aufwendungen für den Angeklagten verbunden sein würden, noch nicht dazu führen, für ihn die Anwendbarkeit der weiteren gesetzlichen Ausnahmevorschrift in § 105c Ziff. 3 zu begründen, wobei nicht unerwähnt zu bleiben hat, daß der Eintritt gewisser Schäden als Folge des Verbotes der Sonntagsarbeit auch vom Gesetzgeber als möglich vorausgesehen sein muß und daher der Durchführung der gleichwohl getroffenen gesetzlichen Bestimmungen nicht hierdurch entgegentreten kann.

Das gleiche hätte entsprechend auch bezüglich der in § 105d Ziff. 4 geregelten ferneren Ausnahme zu gelten.

Wollte aus den vom Berufungsgericht insoweit angeführten Gründen das Verfahren des Angeklagten für zulässig erachtet werden, so würde dies zu dem nicht annehmbaren Ergebnis führen, daß auch eine geflissentliche Umgehung der gesetzlichen Vorschriften vom Gericht gebilligt werden müßte. Denn ein Gewerbetreibender hätte es dann unter Umständen in der Hand, eigenmächtig seine Anlage so zu gestalten, daß nur wegen der besonderen Ausgestaltung der von ihm getroffenen Einrichtungen sich die Sonntagsarbeit entgegen dem allgemeinen Verbote als nach § 105c Ziff. 3 und 4 GewO. notwendig erwiese.

Idealkonkurrenz von §§ 185f. StGB. und § 153 GewO. Zur Auslegung des § 73 StGB.

Urteil vom 16. Januar 1908. III. 1/08.

Ob §§ 185f. StGB. zu § 153 GewO. hinsichtlich des in diesem enthaltenen Merkmals der Ehrverletzung im Verhältnisse der Idealkonkurrenz oder — sei es aus dem Gesichtspunkte der Spezialität, sei es aus dem der Konsumtion — der Gesetzeskonkurrenz mit der Wirkung stehen, daß sie durch diesen schlechthin ausgeschlossen oder aufgesogen werden, mag nicht völlig zweifellos zu sein. Es ließe sich behaupten, daß § 153 GewO. lediglich eine gewerbepolizeilich qualifizierte Beleidigung zu ahnden beabsichtige. Dabei bliebe jedoch, worauf das RG. in seinen Strafentscheidungen 11, 130, 131 hinweist, unberücksichtigt, daß, wenn überhaupt die Begriffe der Beleidigung in §§ 185f. StGB. unter der Ehrverletzung in § 153 GewO. sich deckten oder nicht, vielmehr der letztere der weitere wäre, jedenfalls der Vorsatz dort sich auf die rechtswidrige Kundgebung der Mißachtung eines anderen beschränken, hier aber darüber hinaus auf die Bestimmung des anderen zur Teilnahme an einer Verabredung des § 152 GewO. erstrecken und sehr wohl neben der Willensentschließung zur Verübung des einen auch noch die zur Verübung des zweiten Vergehens umfassen kann. Aus gleichen Erwägungen erklärt RGSt. 30, 363 Idealkonkurrenz von § 240 StGB. und § 153 GewO. für möglich und bei Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale des § 153 Gew.-O. die Anwendung dieser Gesetzesstelle für geboten, obwohl die härtere Strafandrohung des § 240 StGB. ausscheiden müsse, z. B. wenn in einer Äußerung eines Streikenden gegen einen Arbeitswilligen zwar die Androhung eines Übels, jedoch nicht die Bedrohung mit dem Vergehen der Körperverletzung oder mit einem anderen Vergehen zu finden sei, also es an einem für das härtere Strafgesetz notwendigen Umstand mangele. Das Oberlandesgericht schließt sich dieser, übrigens auch von Landmann GewO. (5. Aufl.) Bd. 2 S. 555, 556f. u. G. geteilten Rechtsansicht an, die allein die Willensseite der Tat ausreichend würdigt.



Bei Anerkennung der rechtstheoretischen Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von §§ 185f. StGB. und § 153 GewO., wovon der Angeklagte selbst ausgegangen haben will, und angesichts dessen, daß, wie er weiter nicht bestreitet, das Vorhandensein der konkreten Voraussetzungen einer derartigen Wechselbeziehung im jetzigen Falle vom angefochtenen Urteile bedenkenfrei festgestellt worden sind, greift nun aber die auf § 73 StGB. gestützte Rivisionsrüge nicht durch. Der dafür angezogene Ausspruch im RGSt. 4, 219, § 73 StGB. stelle für die Handlungseinheit das unbedingte Prinzip der alleinigen Anwendung des schwersten Strafgesetzes auf und untersage eine Mischung der Strafen aus den verschiedenen verletzten Gesetzen; es sei dies ein Grundsatz, der überall eintrete, sobald nicht besondere Normen abweichend verfügten — ist vom Beschwerdeführer offenbar mißverstanden. Er enthält, ebenso wie seine zahlreichen Wiederholungen in obergerichtlichen Entscheidungen, im wesentlichen kaum mehr als eine Umschreibung der Gesetzesworte. § 73 StGB. ist eine Strafauswerfungsregel; mit der Strafverfolgung beschäftigt er sich nicht. Der Umstand, daß eine Handlung mehrere Erfolge hat, soll nach ihm nicht geeignet sein, sie zu einer Mehrheit von Handlungen zu stempeln. Liegt eine wider mehrere Gesetze verstoßende Handlung vor, so hat nur ein Gesetz in Anwendung zu kommen. Dies ist das Gesetz, das die strengste Strafe androht. Die Anwendung eines Gesetzes, m. a. W. die Auferlegung der darin festgesetzten Rechtsfolgen, ist aber selbstverständlich bloß statthaft, wenn nicht nur eine mit Strafe bedrohte Tat verübt worden ist, sondern wenn überdies feststeht, daß diese Tat verfolgt und abgeurteilt werden kann. § 73 StGB. verlangt mithin wirkliche, konkrete Stafbarkeit, nicht lediglich theoretische, begriffliche Strafmöglichkeit. Gebricht es an einer prozessualen Voraussetzung für die Bestrafung einer der mehreren Gesetzesverletzungen, so scheidet diese eine Gesetzesverletzung aus den übrigen für das Strafrecht im vollen Umfange aus. Ob auf das wegfallende idealkonkurrierende Delikt, falls es nicht wegfiele, ein härteres oder ein milderes Strafgesetz anzuwenden wäre, ist völlig gleichgültig. Die Tatsache, daß es nicht mehr zur Aburteilung gebracht werden kann, entscheidet ausschließlich. Das Absorptionsprinzip des § 73 StGB. versagt insoweit, als es an einer zu absorbierenden Strafe mangelt. Eben weil es unbedingt ist, gilt es auch für Antragsdelikte. Fehlt es an der Prozeßvoraussetzung eines gültigen Strafantrags und damit an der strafrechtlichen Verfolgbarkeit eines Antragsdeliktes, so ist rücksichtlich der Strafauswerfung nach § 73 die Sachlage genau nicht anders, als wenn der Täter nichts getan hätte. War etwa das Antragsdelikt demjenigen Gesetz unterworfen, das die schwerere Strafe androht, so hindert gleichwohl sein Wegfall die Anwendung der milderen Strafsatzung des übrigbleibenden idealkonkurrierenden Offizialdeliktes nicht. In Ermangelung eines Strafantrags bei Idealkonkurrenz von Beleidigung und Übertretung nach § 360, 11 StGB. z. B. ist nicht bloß die Schuldigsprechung, sondern auch die Bestrafung auf die Übertretung zu beschränken, wie umgekehrt keine Schuldigsprechung wegen des leichteren Delikts eintritt, wenn dieses, nicht aber das schwerere, verjährt ist (Frank, StGB. S. 130 N. VI, 1). Vgl. hierzu auch Olshausen StGB. § 73 H. 24 (Bd. 1 S. 343) und die zit. Liter. das. RGSt. 18, 273; 33, 339.

Die Entschließung über die Ablehnung des Untersuchungsrichters im ehrengerichtlichen Verfahren gegen einen Rechtsanwalt steht dem Ehrengerichte zu.

Beschluß vom 10. Februar 1908. 5 Reg. 69/08.

In dem ehrengerichtlichen Verfahren gegen den Rechtsanwalt H. vermag sich das OLG. zur Entscheidung über das ihm vorgelegte, vom Angeschuldigten gegen den Untersuchungsrichter LGR. W. angebrachte, Ablehnungsgesuch nicht für zuständig zu erachten.

Es muß anerkannt werden, daß die Zuständigkeitsfrage keineswegs zweifelsfrei ist. Die Bedenken entspringen namentlich daraus, daß die RAO. sich in dieser Richtung auf wenige Anordnungen beschränkt, deren wahre Bedeutung erst durch die nähere Prüfung ihres inneren Zusammenhangs mit der Strafprozeßordnung ins Licht gestellt wird.

Nach § 66 RAO. sollen, insoweit sich nicht aus den nachfolgenden Bestimmungen Abweichungen ergeben, auf das ehrengerichtliche Verfahren die Vorschriften der StPO. über das in den zur Zuständigkeit der Landgerichte ge-

hörenden Strafsachen entsprechende Anwendung finden. Mit der Führung einer etwaigen Voruntersuchung wird ein Richter durch den Präsidenten des OLG. beauftragt, § 71. Für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde ist das OLG. zuständig, § 89.

Hiernach würde an sich für die Ablehnung des Untersuchungsrichters durch den Angeschuldigten ein vierfacher Rechtszug denkbar sein: Die Entschließung könnte entweder dem Präsidenten des OLG. oder dem OLG. oder dem LG., in dessen Bezirke der Abgelehnte angestellt ist, oder dem Ehrengerichte zustehen.

Die ersten beiden Wege sind sicher ungangbar.

Der Präsident des OLG. handelt bei der Beauftragung eines Richters mit der Führung der Voruntersuchung lediglich als Justizverwaltungsorgan, genau ebenso wie der Präsident des RG., der einen Untersuchungsrichter nach § 184 StPO. bestellt, der Präsident des LG., der unter den mehreren Untersuchungsrichtern die Geschäfte verteilt (§§ 60, 64 GVG., § 243 Abs. 1 Geschäfts-O. f. d. K. S. J.) oder der Präsident des OLG., wenn er nach § 83 Abs. 1 GVG. den Vorsitzenden des Schwurgerichts ernennt. Wie er im übrigen nur die Aufsicht über den Geschäftsbetrieb des Vorstands der Anwaltskammer führt und über Beschwerden, die diesen Betrieb betreffen, entscheidet (§ 59 RAO.), so kann er dem Untersuchungsrichter gegenüber bloß aufsichtswegen einschreiten. Die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen im Strafprozeß ist gemäß den — auch für das ehrengerichtliche Verfahren zu beachtenden — §§ 22f. StPO. ein der Justizverwaltung entzogenes Gebiet. Insbesondere besagt § 27 Abs. 2 das. ausdrücklich, daß über das Ablehnungsgesuch „das Landgericht" zu entscheiden hat.

Zuständig ist auch nicht das OLG. Dem OLG. weist beim ehrengerichtlichen Verfahren § 89 RAO. im Verhältnis zum Untersuchungsrichter nur die Funktion der Beschwerdeinstanz zu, sofern Entscheidungen desselben angefochten werden. Dagegen verleiht ihm das Gesetz nicht die Befugnis zu irgendwelchen erstinstanzlichen Maßregeln im Rahmen der Voruntersuchung. Daß dies schlechterdings nicht gewollt sein kann, erhellt übrigens auch aus dem unhaltbaren Ergebnisse, daß andernfalls bei Zurückweisung des für unbegründet erklärten Ablehnungsgesuchs durch das OLG. dem Ablehnenden einmal vermittels § 28 Abs. 2 StPO. die sofortige Beschwerde gewährleistet und sodann durch § 346 Abs. 3 das. der Gebrauch dieses Rechtsmittels wieder vereitelt, mit anderen Worten, eine Instanz abgeschnitten würde.

Nicht so einfach verhält es sich mit der Frage, ob das LG. oder das Ehrengericht zuständig sei. Der Wortlaut des § 27 Abs. 2 StPO., wonach dann, wenn ein Untersuchungsrichter abgelehnt wird, das LG. entscheidet, d. h. nach Abs. 1 das. das LG., dem der Abgelehnte unmittelbar als bei ihm Angestellter oder mittelbar als einbezirkter Amtsrichter (§ 183) angehört, scheint allerdings auf den ersten Blick unbestreitbar dafür zu sprechen, daß auch im ehrengerichtlichen Verfahren nach § 66 RAO. das gleiche gelten müsse. Diese auf die Fassung des Gesetzes gestützte Auslegung hat in der Tat Vertreter gefunden; so pflichten ihr EG., Breslau (Breslau AK. 89, 47/8 v. 4. Juni 1889) und OLG. Breslau (a. O. 89, 48 v. 14. dess. Mon.) bei. Vgl. Friedländer RAO. § 71 Anm. 8. Dabei werden jedoch Sinn und Tragweite der Vorschrift in § 66 RAO. irrtümlich bemessen. § 27 StPO. baut sich auf dem Regelfalle auf, daß eine Voruntersuchung in denjenigen Strafsachen Platz greift, die zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören, §§ 176f. StPO. Alsdann liegt ein formeller und sachlicher Zusammenhang zwischen der anhängigen Strafsache und dem LG., nicht minder eine direkte berufliche Verbindung zwischen dem fast ausnahmslos dem LG selbst angehörenden Untersuchungsrichter und dieser Behörde klar zutage. Eben um deswillen beruft offenbar § 27 Abs. 2 StPO. das LG. zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen den Untersuchungsrichter. Dieser innere Grund entfällt aber im ehrengerichtlichen Verfahren. Hier wird irgend ein Richter innerhalb des OLG.bezirks mit der Führung der Voruntersuchung beauftragt, ganz gleichgültig, welche Dienststellung und wo er sie bekleidet. Sollte über die Ablehnung eines solchen unterschiedslos ein Landgericht zu befinden haben? Und welches? Die Mißlichkeit der Antwort hierauf deutet ebensosehr wie die Freiheit in der Auswahl des zu Beauftragenden darauf hin, daß mit seiner Ernennung der Untersuchungsrichter sich rücksichtlich seiner Tätigkeit für den Bereich des ehrengerichtlichen Verfahrens von seinen sonstigen Funktionen loslöst und insoweit eine völlig freie, sachlich nur von der oberinstanzlichen Kon-



trolle des OLG. nach § 89 RAO. abhängige Stellung erlangt. Er ist bestellt worden für das Ehrengericht und wird ausschließlich für das Ehrengericht tätig. Nur zwischen diesem und ihm besteht fortan das Verhältnis, das § 27 Abs 2 StPO. voraussetzt, wenn er das LG. als zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zuständig erklärt. Wie dort das LG., so kann also hier nur das Ehrengericht, das in dem sich vor ihm abspielenden Verfahren den Platz des Landgerichts einnimmt, die Instanz sein, der die Entscheidung hierüber gebührt. Die Ablehnung des dem Ehrengerichte für den besonderen Zweck der Führung der Voruntersuchung beigeordneten Richters wendet sich wider ihn in eben dieser Eigenschaft, nicht als bei dem LG. angestellten Beamten.

Bestärkt wird diese Folgerung durch die zum Vergleiche sich darbietenden Analogien im § 184 StPO. und § 83 GVG. Auch bezüglich des beim RG. bestellten Untersuchungsrichters und des Schwurgerichtsvorsitzenden ist im Falle der Ablehnung die Zuständigkeit des LG. nicht gegeben. Wird der Schwurgerichtsvorsitzende abgelehnt, so richtet sich nach RGSt. 19, 336 „das Ablehnungsgesuch nicht gegen den fraglichen Richter, insofern er Mitglied des OLG. oder des LG. ist und hier diesem oder jenem Senate, dieser oder jener Kammer angehört, sondern einzig und allein gegen sein schwurgerichtliches Richteramt. . . . . Innerhalb des schwurgerichtlichen Organismus kann daher auch allein die Instanz gesucht werden, welche gemäß § 27 StPO. über das Ablehnungsgesuch der Prozeßbeteiligten im konkreten Falle zu befinden hat".

Demgemäß würde § 27 Abs. 2 StPO. anstatt entsprechend, wie § 66 RAO. vorschreibt, geradezu widersprechend angewendet werden, wollte man über das Ablehnungsgesuch gegen den ein ehrengerichtliches Amt ausübenden, nach § 71 das. mit der Führung der Voruntersuchung beauftragten Richter das Landgericht und nicht das Ehrengericht entscheiden lassen. (Gl. A. Friedländer a. O.)

Die erforderliche Entschließung ist mithin dem hierfür zuständigen Ehrengerichte — in Übereinstimmung mit der staatsanwaltschaftlichen Erklärung vom 7. l. M. — anheimzugeben.

Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Mitgeteilt vom Oberlandesgerichtsrat Birkenbihl in Frankfurt a. M.

Die zur Aufforderung nach § 361 Ziffer 10 StGB. zuständige Behörde ist, wenn es sich um die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehemannes gegenüber seinen ehelichen Kindern handelt, der Kreis- bezw. Stadtausschuß; dagegen ist diese Behörde nicht zuständig, den geschiedenen Ehemann zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau anzuhalten. (§ 361 Ziff. 10 StGB.; § 65 des AG. z. UnterstützungswohnsitzG. v 8. März 1871; § 43 Abs. 1 Nr 2 des Zuständigkeitsgesetzes v 1. August 1883).

Urteil vom 19. Juni 1907.

Der Angeklagte ist in der Berufungsinstanz von der Übertretung des § 361. 10 StGB freigesprochen worden. Das Urteil stellt fest, daß der Angeklagte durch das Waisen- u. Armenamt des Magistrats zu F. aufgefordert worden sei, für den ausreichenden Unterhalt seiner Familie, nämlich seiner geschiedenen Ehefrau und des mit ihr in der Ehe erzeugten Kindes zu sorgen; der Magistrat als Inhaber der Armenpolizei sei aber nicht die zur Aufforderung nach § 361. 10 StGB. zuständige Behörde, vielmehr müsse die Aufforderung durch einen mit Gründen versehenen Beschluß des Stadtausschusses erfolgen.

Die seitens der Königlichen Staatsanwaltschaft eingelegte Revision, welche Verletzung des § 361, 10 StGB. rügt und das Urteil seinem ganzen Umfange nach anficht, ist frist- und formgerecht eingelegt und auch sachlich begründet.

Zwar ist in der in wiederholten Entscheidungen des erkennenden Senats (vgl. Frkf Rundsch. 1896 S. 95, 1897 S. 122, 1899 S. 41, 1907 S. 31) dargelegten Rechtsanschauung festgehalten, daß, soweit durch § 65 ff. des zum Unterstützungswohnsitzgesetz erlassenen Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871 ein besonderes Verfahren an die Hand gegeben ist, die Unterhaltsgewährung seitens pflichtvergessener Familienmitglieder zu erwirken und in schleunigem Verwaltungsverfahren zu erzwingen, unter der zuständigen Behörde im Sinne des § 361. 10 StGB die nach den angeführten Bestimmungen des Gesetzes vom 8. März 1871 in Verbindung mit § 43 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Ver-

waltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883 zuständige Behörde zu verstehen ist, nämlich der Kreis- bezw. Stadtausschuß. Es ist indessen zu berücksichtigen, daß § 65 des Gesetzes vom 8. März 1871 ein Verwaltungsverfahren zur Erzwingung der Unterstützungspflicht nur hinsichtlich des Ehemanns, der Ehefrau, der ehelichen Eltern, der unehelichen Mutter, der ehelichen Kinder und der unehelichen Kinder in Beziehung auf die Mutter vorsieht. In der ausdrücklichen Ausführung dieser dem § 65 unterstehenden Fälle der Unterstützungspflicht tritt der Wille des Gesetzes deutlich hervor, im Hinblick auf die zur Zeit seines Erlasses in den einzelnen Rechtsgebieten des preußischen Staates bestehende Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Alimentationspflicht den Kreis der dem Verwaltungsverfahren unterliegenden Personen fest zu begrenzen; eine analoge Ausdehnung dieser Gesetzesbestimmung auf nicht ausdrücklich erwähnte Fälle von Alimentationspflicht ist daher ausgeschlossen. Nach ständigem gesetzlichem Sprachgebrauch ist nun unter der Bezeichnung „Ehemann" nur der Ehemann während bestehender Ehe, nicht aber der geschiedene Ehemann zu verstehen. Der Kreis- bezw. Stadtausschuß ist also nicht zuständig, den geschiedenen Ehemann zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau anzuhalten; wohl aber greift seine Zuständigkeit Platz, wenn es sich um die Unterhaltungspflicht des geschiedenen Ehemannes gegenüber seiner ehelichen Kinder handelt, denn wenn § 65 die „ehelichen Eltern" als Unterhaltungspflichtige erwähnt, die im Verwaltungsverfahren zur Erfüllung ihrer Pflicht angehalten werden können, so liegt kein Grund vor, die Schlüssigkeit dieses Verfahrens auf die Dauer der Ehe zu beschränken.

Im vorliegenden Falle ist also, soweit die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht des Angeklagten gegenüber seinem ehelichen Kinde in Frage steht, seine Freisprechung gerechtfertigt, da es insoweit an dem erforderlichen Beschlusse des Stadtausschusses fehlt. Nicht unerwähnt soll dabei bleiben, daß, falls in einzelnen Fällen der Kreis- bezw. Stadtausschuß sich im Erlaß des in Rede stehenden Beschlusses hinsichtlich der Kinder geschiedener Ehegatten für unzuständig halten sollte, trotz der in § 43 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes bestimmten Entgültigkeit des angehenden Beschlusses der § 126 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 die Möglichkeit gewährt, im Wege der Klage die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts herbeizuführen. Soweit es sich dagegen um die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht des Angeklagten gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau handelt, erfordert das angefochtene Urteil mit Unrecht einen vorgängigen Beschluß des Stadtausschusses. Soweit nicht durch § 65 des Gesetzes vom 8. März 1871 spezielle Vorschriften getroffen sind, folgt aus den durch § 10a LR. II. 17 (vgl. Kammergericht 2. Juni 1903, Jahrb. 26 C S. 40) in Verbindung mit der Verordnung über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landesteilen vom 20. September 1867 abgegrenzten allgemeinen Aufgaben der Polizei, daß diese berufen ist im öffentlichen Interesse zu verhindern, daß Personen hilfsbedürftig werden und der Armenpflege anheimfallen, und daß die Polizeibehörde demgemäß zuständig ist, die diesbezügliche im § 361 Ziff. 10 StGB. vorgeschriebene Aufforderung zu erlassen.

Da das angefochtene Urteil diese im vorliegenden Falle notwendige Unterscheidung nicht vorgenommen hat, beruhte es auf Rechtsirrtum.

---

§ 367 Ziff. 7 StGB., §§ 10, 11 Nahrungsmittelgesetz v. 14. Mai 1879. Fahrlässiger Verkauf verdorbener Eßwaren ist auch nach Geltung des Nahrungsmittelgesetzes noch nach § 367 Ziff. 7 StGB. strafbar.

Urteil vom 6. Mai 1907.

Gegen den Angeklagten ist das Hauptverfahren wegen eines Vergehens gegen § 10 Ziff. 2 des Ges. v. 14. V. 79 eröffnet, weil er wissentlich einen Seehecht, der verdorben, unter Verschweigung dieses Umstandes verkauft habe. Nachdem er vom Schöffengericht freigesprochen worden war, hat die Strafkammer ihn, unter Aufhebung des ersten Urteils, wegen Übertretung des § 367 Ziff. 7 StGB. verurteilt, indem sie Vorsätzlichkeit verneint und nur Fahrlässigkeit des Angekl. annahm, auch nicht § 10 Nr. 2 oder § 11 des Ges. v. 14. V. 79, sondern die erwähnte Bestimmung des StGB. für annehmbar erachtete. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten. Sie wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Verfehlt ist zunächst die Rüge, der § 367 Nr. 7 StGB. sei für Handlungen,

wie sie gegen den Angekl. tatsächlich festgestellt sind, nicht mehr in Kraft, sondern durch das Nahrungsmittelges. v. 14. V. 79 aufgehoben. Zu Unrecht beruft sich der Revident auf das Urteil des RG. v. 11. II. 82 (Entsch. 6 37). In dem dem RG. dort zur Beurteilung unterbreiteten Falle hat es nur ausgesprochen, es könne ein Zweifel in der Richtung entstehen, ob das bloß fahrlässige Handeln ohne eine zur Täuschung geeignete Bezeichnung noch jetzt aus § 367 Nr. 7 StGB. bestraft werden dürfe, es hat aber ausdrücklich abgelehnt, die Frage zu entscheiden. Das vorsätzliche Feilhalten verdorbener Eßwaren, wenn es nicht unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung erfolgt, hat es dagegen als nach § 367 Nr. 7 strafbar erklärt. Andererseits hat das RG. in dem Urteile v. 9. V. 82 (Entsch. i. Str. 6 269 ff., insbes. 271) sich — in Ergänzung der ersterwähnten Entscheidung — dahin ausgesprochen, daß nach § 367 Nr. 7, soweit er auch das fahrlässige Feilhalten verdorbener Eßwaren umfaßt, nicht durch § 11 des Nahrungsmittel-G. aufgehoben sei. Den Ausführungen dieses Urteils ist beizutreten. Zutreffend geht es davon aus, daß das Nahrungsmittel-G. eine ausdrückliche Aufhebung des § 367 Nr. 7 StGB., nicht enthalte, seine Tendenz auch nicht dahin gehe, den vorhandenen strafrechtlichen Schutz abzuschwächen oder zu beseitigen, sondern im Gegenteil ihn zu verstärken. Das Nahrungsmittel-G. enthält aber auch, wie das RG. weiter mit Recht bemerkt, keine Bestimmungen, die sich mit dem Fortbestehen des § 367 Nr. 7 StGB. nicht vereinbaren lassen; insbesondere kann als eine solche Bestimmung nicht der Umstand in Betracht kommen, daß beide Gesetze für das fahrlässige Feilhalten verdorbener Eßwaren dieselbe Hauptstrafe und außerdem Einziehung zulassen; denn der § 16 des NMG. läßt auch noch die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung zu, verschärft die Hauptstrafe somit wesentlich. „Hiernach bleibt auf dem Gebiete des § 367, Nr. 7 StGB., auch soweit es sich um fahrlässiges Feilhalten verdorbener Eßwaren handelt, ein Tatbestand als möglich übrig, welcher von dem § 11 des Ges. v. 1879 nicht überdeckt wird“ (Feilhalten ohne eine zur Täuschung geeignete Bezeichnung), „und auf welchen die gelindere Strafandrohung des § 367 deshalb nach wie vor als anwendbar erachtet werden muß.“ Was hier für das fahrlässige Feilhalten verdorbener Eßwaren ausgeführt ist, muß in gleicher Weise aber auch für den vorliegend zur Aburteilung stehenden Fall des fahrlässigen Verkaufs gelten. Wie die Bestimmung des NMG. sich von derjenigen des StGB. hinsichtlich des Feilhaltens durch einen ihr eigentümlichen Zusatz („unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung“) unterscheidet, so auch hinsichtlich des Verkaufens. Nach § 11 NMG. wird derjenige bestraft, der fahrlässig Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben sind, „unter Verschweigung dieses Umstandes“ verkauft, während § 367 Nr. 7 StGB. ganz allgemein den Verkauf verdorbener Getränke oder Eßwaren unter Strafe stellt, also den nach § 11 des Ges. v. 14. V. 79 mitumfaßten Tatbestand nicht trifft, daß der Verkauf ohne Verschweigen des Verdorbenseins erfolgt, m. a. W., wer z. B. verdorbene Nahrungsmittel verkauft, dabei aber dem Käufer den Zustand der Ware mitteilt, wird zwar nach § 367 Nr. 7 bestraft, nicht aber nach dem infolge der Nebenstrafe (der Veröffentlichung der Bestrafung) strengeren § 11 des NMG. (vgl. auch Olshausen, Bd. 2 § 367 Note h β Ziff. 7; Frank, § 367 Note VIII).

Die Strafbestimmung des § 367 Nr. 7 StGB. greift auch bei bloß fahrlässigem Handeln Platz. Rechtsprechung und Wissenschaft sind über den rein polizeilichen Charakter dieser Strafvorschrift, sowie darüber einig, daß infolge dessen in subjektiver Hinsicht auch bloße Fahrlässigkeit genügt (vgl. Olshausen, § 367 Note g und die zahlreich dort Zitierten; Frank, § 367 Note VIII).

Miszellen.

Unterhaltungen mit Zuchthaussträflingen.

Von Eduard Heymann, Berlin.

Im folgenden sind eine Anzahl Gespräche wiedergegeben, die der Verfasser während einer mehrmonatlichen Beschäftigung in einer preußischen Strafanstalt mit Gefangenen, hauptsächlich Einzelhaftgefangenen, geführt hat.

Die Absicht der Unterhaltungen ging, ohne bestimmtes System, dahin, auch von dieser Seite Material zur Beurteilung von Fragen des Strafvollzuges zu gewinnen. — Die Aufzeichnungen waren ursprünglich nur zum Privatgebrauch des Verfassers bestimmt, und verdanken einer gütigen Anregung des Herrn Geheimrat Kohler ihre Aufnahme in dieses Archiv.

D. Besuch am 4. März 1907 (ca. 1 Stunde).

D. verbüßt 2 Jahre Zuchthaus wegen Einbruchs-Diebstahls. Er ist bereits einmal im Alter von 18 Jahren zu vier Jahren Gefängnis wegen Einbruchs-Diebstahls verurteilt und hat die Strafe in S . . . verbüßt. Die Strafe sei damals darum so hart ausgefallen, weil sein Komplize dabei auf einen Menschen geschossen und ihn schwer verwundet habe. Dieser habe 15 Jahre Zuchthaus erhalten. Jetzt ist D. 27 Jahre alt.

D. hat die Volksschule besucht und war lange Kellner. Er hat aber stets großes Bildungsinteresse gehabt und viel gelesen. Er drückt sich schriftlich und mündlich ganz gebildet aus, scheint auch viel über allerlei Dinge nachgedacht zu haben. Er meinte, es sei überhaupt erstaunlich, eine wie gute Bildung und wie große intellektuelle Interessen man oft in den Verbrecherkreisen, in den Kaschemmen usw. finde. Ich könne mir gar nicht vorstellen, wie schön manch einer dort über Theater und Musik spräche. Und gleich daneben fände sich bei denselben Leuten wiederum die größte Gemeinheit in Ausdrücken und Taten. Es seien zwei ganz verschiedene Welten in denselben Menschen. Er selbst habe einmal versucht, Kants Kritik der praktischen Vernunft zu lesen. Es sei ihm aber nicht gelungen. Man müsse dazu wissenschaftlich gebildet sein, um die Ausdrücke zu verstehen.

Er habe viel über Religion nachgedacht, habe sich aber ganz von ihr abgekehrt. Er habe zwar eigentlich keine Bücher gegen die Religion gelesen, sondern gerade die Funk'schen Religionsbücher. In diesen habe der Verfasser namentlich gegen David Strauß, gegen Lange und Moleschott polemisiert und dabei auch viele Zitate aus diesen Schriftstellern angeführt. Gerade diese Zitate hätten ihm am meisten Anstoß zum Nachdenken gegeben. Er zeigte mir in seinem Schreibheft einen Aufsatz, in dem er die Religion als „Ausgeburt der Fantasie" darstellt. Hier im Zuchthaus würde ja sehr viel auf Religion gegeben. Er und der Pastor seien wie Feuer und Wasser. Der Pastor täte ihm wirklich manchmal leid, wenn er ihn auf längere Zeit in eine Zelle gehen höre. Er müsse doch schließlich überall dasselbe sagen. Hier gelte jemand nur dann als gebessert, wenn er recht fromm wäre. Das wäre doch aber nicht richtig.

Wenn der Direktor zu den Gefangenen käme, so würde ihm recht viel vorgeheuchelt. Freilich der Direktor ließe sich wohl dadurch nicht täuschen. Ab und zu käme der Oberaufseher zu ihm, der gewöhnlich irgendwelche kleine Ausstellungen bezüglich der Ordnung zu machen hätte und sich dann wieder entfernte. Der Arbeitsinspektor ferner sähe ab und zu nach der Arbeit. Er erkundigte sich aber nur danach, ob er das Pensum leisten könne. Im übrigen nähme er kein Interesse an ihm. Der Lehrer käme alle Woche zu ihm wegen des Büchertausches.

Es sei ihm immer sehr angenehm, wenn seine Einsamkeit unterbrochen würde. Es ginge ihm ja im Ganzen hier recht gut. Er denke freilich viel nach. Er wisse aber, daß er die Strafe verdient habe, und dann müsse man sie eben auf sich nehmen. In S . . . sei er am Schlusse der vierjährigen Einzelhaft fast verrückt geworden.

Er schreibt gerne Aufsätze. So zeigte er mir in seinem Schreibhefte außer dem bereits genannten Aufsatz über Religion einen Aufsatz über die „Drei gestrengen Herren". Er meint damit Ausweisung, Polizeiaufsicht und Mangel an Fürsorge, die den Entlassenen wieder in das Elend zurückstoßen, wenn er nach dem Winter der Strafe den Frühling der Freiheit zu erblicken glaube. Die Hefte werden den Gefangenen zur Benutzung beim Schulunterricht und zu beliebigen eigenen Eintragungen gegeben. Sie werden, wenn sie voll sind, abgegeben und verbrannt.

D. zeichnet auch in der Zelle, mit einem gewissen Talent, insbesondere Porträt-Köpfe.

Auf seine Straftaten und sein Leben gebracht, meint er, sein Leben sei nun einmal verpfuscht. Er hat offenbar den aufrichtigen Wunsch, sich zu bessern, scheint aber gleichzeitig fast mit Sicherheit

zu fürchten, daß ihm das nicht gelingen werde. Meinen Vorwurf, ihm fehle wohl die Energie, wies er zurück. Die Schwierigkeiten für den entlassenen Verbrecher seien insbesondere durch Ausweisung, Polizeiaufsicht und verfehlte Fürsorge ungeheuer. Wenn er die Hülfe des Fürsorgevereins annehme, so werde er aufs Land unter Bauern gesteckt werden. Bei seiner Natur sei es ihm aber auf die Dauer nicht möglich, einem Bauern, von dem er wisse, daß er viel dümmer sei als er, zu gehorchen. Nehme er die Fürsorge nicht an, so werde er aus Berlin und aus den großen Städten überhaupt ausgewiesen werden. In den kleinen Orten aber sei der Aufenthalt für den entlassenen Sträfling sehr schwierig. Alle Leute wüßten sofort, mit wem sie es zu tun hätten. Dies sei auch die große Gefahr der Polizeiaufsicht. Er habe nach seiner langen Strafe in S . . . zuerst beim Militär gedient. Er habe sich dort zur besonderen Zufriedenheit und Anerkennung seiner Vorgesetzten geführt, die nur seine Vergangenheit bedauert hätten.[1]) Dann sei er plötzlich auf Grund der vor seiner Dienstzeit erlittenen Gefängnisstrafe und der damit noch verbundenen Polizeiaufsicht ausgewiesen worden. Als er dann Arbeit gefunden hatte, hätten sich alle Augenblicke Polizeibeamte in Uniform nach ihm erkundigt und ihm schließlich seine Stellung unleidlich gemacht. Er wisse zwar, daß er eine ganz und gar nicht makellose Vergangenheit habe, es sei ihm aber unmöglich, unter Menschen zu leben, unter denen er nicht makellos dastände.

Wenn er nicht aus Berlin ausgewiesen werde und dort Stellung, vielleicht als Arbeiter, finden könne, ohne drückende Polizeiaufsicht, so hoffe er ja, sich wieder in das Leben zurückfinden zu können. Lieber würde er freilich eine etwas mehr geistige Arbeit tun. Zu schwierigeren Tätigkeiten, wie Stenographieren usw., fehle ihm leider die nötige Bildung. Aber er könne vielleicht als Lohnbuchhalter oder ähnliches angestellt werden. Es gäbe doch auch Stellungen, in denen ihm ein besonderes Vertrauen nicht entgegengebracht zu werden brauchte.

Auf meinen Hinweis, daß er in Berlin ja doch wieder in die alten Verbrecherkreise geraten würde, und daß diese Besorgnis der Grund der Ausweisung aus Berlin sei, meinte er: So lange man nicht in Not sei, wende man sich nicht in diese Kreise zurück. Und wer in diesen Kreisen verkehre, mache der Polizei ja die Aufsicht über sich recht leicht. Stehlen könne man schließlich überall.

Ich fragte ihn, wie er als Leiter des Fürsorgevereins denn die Fürsorge gestalten würde. Er verstand mich zuerst falsch und dachte an die Fürsorgeerziehung Jugendlicher. Für diese forderte er vor allem Unterbringung in Familien. Das Zusammenstecken der nichtsnutzigen Bengels in den Anstalten verderbe sie nur. Man sähe ja den Erfolg an der Anzahl der hier im Zuchthause wegen Meuterei in der Fürsorgeerziehungsanstalt Inhaftierten.

Als Leiter des Fürsorgevereins für entlassene Sträflinge würde er vor allem die Bildung und die individuellen Bedürfnisse der Entlassenen mehr berücksichtigen, als es zu geschehen pflege. Er ist überzeugt, daß damit Erfolge zu erzielen wären. Die Schablone „auf das Land" sei nicht richtig.

Über Einzelhaft und Gemeinschaftshaft befragt, entschied er sich entschieden vom kriminalpolitischen Gesichtspunkt aus für die Einzelhaft. In der Gemeinschaftshaft benutze man natürlich doch jeden Augenblick zum reden. Es würden neue Verbrechen verabredet usw.

Freilich Verbindungen unter den Gefangenen ließen sich auch in der Einzelhaft nicht ganz unterdrücken. Wenn man korrespondieren wolle z. B., so besorge der Kalefaktor[2]) jeden Brief. In S . . . (Einzelhaft) habe er sogar eine regelmäßige Zeitung herausgegeben. Er sei im Sängerchor gewesen und habe sie bei Gelegenheit der gemeinschaftlichen Gesangsübungen an ihre sechs oder sieben Leser verteilt. Erst in den letzten Tagen

---

[1]) Die Militärpapiere enthalten als Schlußzeugnis: „Im allgemeinen befriedigend. D. ist einmal vom Hauptmann mit 3 Tagen strengen Arrestes bestraft worden, weil er trotz Verwarnung mit unsauberen Kleidern zum Appell erschienen ist."

[2]) Der als Hausknecht auf der Station beschäftigte Gefangene.

seiner Strafzeit sei es durch einen in unrichtige Hände gelangten Brief eines Gefangenen herausgekommen. Auch durch Röhrenleitungen werde viel verkehrt. So könne man im Untersuchungsgefängnis M. durch die Röhren auf weite Entfernungen deutlich sprechen. Im Zuchthaus M. sei dies nicht möglich. Wohl aber gebe es Klopftelegraphie mit dem Nachbar. Ein vollkommenes Alphabet und vollkommener Verkehr sei freilich schwierig, und nur bei langjährigen Strafen möglich. Wohl aber seien kurze Signale, z. B.: Es kommt jemand, leicht und üblich. Er gab mir ein Beispiel, indem er auf die Zellenwand in bestimmtem Rhythmus klopfte und prompt Antwort von seinem Nachbarn erhielt.

Noch eine charakteristische Äußerung ist nachzutragen: Als wir über die Strafe sprachen, meinte er: Ein Schutz der Gesellschaft ist ja notwendig. Es geht ja gar nicht anders, als daß wir bestraft werden. Es wäre aber das Richtigste, wenn es so wäre, wie früher, daß die Spitzbuben gehangen würden. Die Gesellschaft hätte Ruhe vor den Spitzbuben und die Spitzbuben hätten auch Ruhe.

D. ließ im Gespräch gelegentlich fallen, man beginne erst in der Gefangenschaft zu schätzen und einzusehen, was für große Vergnügungen man sich draußen für wenig Geld leisten könnte. Meine Frage, ob er denn glaube, daß man im Zuchthaus bedürfnisloser werde, verneinte er jedoch strikt. Man mache sich im Zuchthause zu große Illusionen über das, was die Freiheit nachher bieten solle. Diese würden nachher nicht erfüllt, und man käme dadurch gerade zu erhöhten Ansprüchen und Geldausgaben.

Die Auslassungen des D. dürften ehrlich und zuverlässig sein. Er hat nicht bewußt zu seinen Gunsten gefärbt, offen von seiner religionslosen Gesinnung gesprochen, auch über Disziplinarwidrigkeiten (Korrespondenz mit Mitgefangenen, Klopfen) Auskunft gegeben.

M. Besuch am 5. März 1907 (½ Stunde).

M. verbüßt 14 Jahre Zuchthaus wegen Anstiftung zum qualifizierten Totschlag. Er hat beim Wildern seinem Kameraden zugerufen, er solle auf den Förster schießen. Er ist sonst unbestraft. Sein Bruder und sein Vater sind wegen Wilderns vielfach vorbestraft. (Nach Ausweis der Akten.) Er ist jetzt 24 Jahre alt.

M. hat vier Jahre der Strafe verbüßt. Er hat den Wunsch, in Einzelhaft zu bleiben, weil er die Gesellschaft der Gewohnheitsverbrecher scheut. Ihre Gespräche hat er in der Untersuchungshaft kennen gelernt. Er hat die Einzelhaft bis jetzt recht gut ertragen, zumal er nicht zum Grübeln neigt. Sonntags geht er oft den ganzen Tag in seiner Zelle hin und her, was ihn genügend ausfüllt. Freilich kommt in seinem Wesen die Trostlosigkeit einer Aussicht auf 10 Jahre weiterer Haft zum Ausdruck. Er hat einmal einen vergeblichen Ausbruchsversuch aus der Anstalt gemacht.

Eine gewisse Verbindung mit anderen Gefangenen ließe sich auch in der Einzelhaft herstellen. Namentlich könnten in der Freistunde (d. h. bei der Ausführung in die Einzelspazierhöfe), beim Kirchgang und beim Gang zur Schulstunde, Kassiber ausgetauscht werden. Zwar sollen die Gefangenen dabei 10 Schritt Abstand voneinander halten. Doch wird dies nur streng durchgeführt, wenn man einen „niederträchtigen" Aufseher hat. Mit dem unmittelbaren Zellennachbarn kann man durch die Wand sprechen, an der Stelle des Eintritts der Zentralheizung, wo die Wand am dünnsten ist.

M. erhält ab und zu Besuch von seiner Mutter, was ihm immer ein großer Trost ist. Nur sei die Zeit der Besuche so sehr kurz. Er hat einmal einen Wiederaufnahmeantrag eingereicht, der als unbegründet verworfen ist. Der Antrag bietet inhaltlich kein besonderes Interesse.

K. Besuch am 5. März 1907.

K. von Beruf Geldschrankschlosser, bereits wegen Einbruchs-Diebstahls mit 4 Jahren Gefängnis vorbestraft, verbüßt jetzt ein Jahr Zuchthaus wegen versuchten Einbruchs-Diebstahls, wird als Schlosser beschäftigt und in Einzelhaft gehalten.

Seine Gefängnisstrafe hat er in T . . . in Gemeinschaft mit etwa 40 anderen in der Hausschlosserei verbracht. In der Gemeinschaft hecke man

den ganzen Tag Dummheiten aus. Sie sei freilich viel unterhaltender als die Einzelhaft. — Obwohl T . . . nur Gefängnis sei, sei es strenger dort als hier im Zuchthaus. Ein Jahr Zuchthaus lasse sich schon ertragen, wenn man sich gut führe, d. h. wenn man seine Arbeit ordentlich mache und im übrigen den Mund halte.

K. gehört offenbar den gewerbsmäßigen Verbrecherkreisen an, hat auch wohl die Absicht, dorthin wieder zurückzukehren. Auf 20 bis 30 Einbrüche werde man höchstens einmal gefaßt. Er kenne Leute, die Jahre lang dauernd den Einbrecherberuf treiben, ohne gefaßt zu werden.

Er will nach Verbüßung der Strafe in Berlin bleiben. Auf die ihm mit Sicherheit drohende Ausweisung hingewiesen: Ich komme nach Berlin zurück, und wenn sie mich nach Sibirien schicken.

Als ich ihm sagte, er werde in Berlin doch wieder in die alte Verbrechergesellschaft geraten, und bald wieder hier (im Zuchthaus) sein, meinte er, der erste Gang sei natürlich in die Kaschemme. Er freue sich selbstverständlich auf das Wiedersehen mit seinen Freunden, von denen er so lange fast nichts gehört habe.

K. findet seine Bestrafung ungerecht. Er sei wegen bloßen versuchten schweren Diebstahls zu einem Jahre Zuchthaus verurteilt. Man könne ihm aber „nichts beweisen". Eine Frau wolle ihn zwar an ihrer Haustür haben hantieren sehen, sie könne das aber nicht mit Bestimmtheit behaupten. Man habe zwar einen Türsperrer bei ihm gefunden, doch er habe stets einen Türsperrer bei sich, wenn er nachts durch Berlin ginge.

B. Besuch am 5. März 1907.

B. ist wegen Brandstiftung zu 1½ Jahren Zuchthaus verurteilt, wovon er 1 Jahr verbüßt hat. Er ist 19 Jahre alt.

B. war Fürsorgeerziehungszögling, zuerst in St . . . . Dort war die Behandlung erträglich. Er wurde dann nach Z . . . versetzt. Dort sei das Leben fürchterlich gewesen. Wenn man abends nach Hause gekommen sei, habe man nie „gewußt, ob man Schläge bekommen würde oder nicht". Er sei dort entwichen, aber wieder zurückgeholt und mit 50 Hieben bestraft worden. Schließlich sei er noch einmal ausgerückt und habe auf einem ihm bis dahin ganz unbekannten Rittergut Feuer angelegt, nur um ins Gefängnis zu kommen und nicht nach Z . . . zurückzumüssen. Von 10 aus Z . . . entsprungenen Fürsorgezöglingen kämen höchstens 2 dorthin wieder zurück, und die anderen ins Gefängnis oder Zuchthaus, und zwar wegen absichtlich deswegen begangener Straftaten.

Er fände auch tatsächlich, das Leben im Zuchthause hier sei weitaus angenehmer, als es in Z . . . gewesen sei. Die Behandlung sei gut, und das Essen sehr viel besser. Die Abendsuppe sei besser hier als dort das Mittagessen.

M. Besuche am 28. Februar und am 5. März.

M. verbüßt 2¾ Jahre Zuchthaus wegen Betrugs im zweiten (noch nicht strafschärfenden) Falle und schwerer Urkundenfälschung. Er hat 2¼ J. verbüßt.

M. war von Beruf Reisender in der Schreibmaschinenbranche. Beschäftigung hat er eigentlich stets gehabt. Er hatte aber viel andere Interessen, ging nach seiner Angabe z. B. gerne in Bilder-Ausstellungen, und so war sein Geld immer rasch zu Ende. Er kam schließlich dazu, Sparkassenbücher zu fälschen.

Er hat einiges Talent zum Zeichnen. Kleine Zeichenhefte sind ihm ebenso, wie die Schreibhefte von der Anstaltsverwaltung geliefert worden, die größeren Zeichenblätter hat er sich aus der Arbeitsbelohnung angeschafft. Er zeichnet regelmäßig Sonntags und in der (arbeitsfreien) Mittagsstunde, und findet darin entschiedene Ablenkung.

Er scheint den Wunsch zur Besserung zu haben. Er will nach der Entlassung versuchen, durch Zeichnen von Kreidevergrößerungen sein Geld zu verdienen. In eine abhängige kaufmännische Stellung kann er

nicht zurück, weil er dort überall gute Zeugnisse brauche. Höchstens in größeren Geschäften für Kreidevergrößerungen glaubt er sich durch seine Arbeiten genügend ausweisen zu können. Er ist perfekter Stenograph und wies auch die Anregung, sich durch stenographische Arbeiten als Nebenbeschäftigung etwas zu verdienen, nicht von der Hand.

Er hat in Berlin seinen Unterstützungswohnsitz und mithin Ausweisung nicht zu gewärtigen. Trotzdem will er keinesfalls in Berlin bleiben. Er würde hier eine große Anzahl Bekannter aus seinem früheren Leben und seiner früheren geschäftlichen Tätigkeit treffen, vor denen er sich immer zur Seite drücken müßte. Ein ehrliches Fortkommen ist ihm dadurch gerade in Berlin erschwert. Er will nach auswärts, wo er ebenso gute Arbeit finden wird wie in Berlin, wenn möglich ins Ausland.

Er bedauere, in der Bibliothek der Strafanstalt keine guten Lehrbücher für französische und englische Sprache erhalten zu können. Er hat nur einen Plötz für Quinta in seiner Zelle.

Daß seine Straftaten in Berlin allgemein bekannt sein werden, und ihm dadurch jedes ehrliche Fortkommen in Berlin erschwert sein wird, daran seien hauptsächlich die Zeitungsberichte über die öffentliche Gerichtsverhandlung schuld, die seinen vollen Namen genannt hätten. Seine Bekannten hätten erst dadurch von seinen Straftaten Kenntnis erhalten. Die Zeitungsberichte hätten für ihn geradezu die Wirkung einer Ausweisung aus Berlin.

Über die Einsamkeit der Haft hilft ihm das Zeichnen recht gut hinweg.

M. gibt an, daß der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, der ja von den meisten wenig empfunden werde, ihn besonders kränke. Er könne sich eben in Deutschland nicht wieder als vollkommener Mensch fühlen. Bei jeder Zeugenvernehmung könne seine frühere Bestrafung offenbar werden. Ob nicht ein bedingungsweiser Erlaß des Ehrenverlustes im Falle guter Führung etwa durch drei Jahre hindurch möglich wäre?

Ich verwies ihn auf den Weg eines vielleicht nicht aussichtslosen Begnadigungsgesuches bezüglich des Ehrenverlustes.[3])

M. machte persönlich freilich einen guten Eindruck. Doch ist immerhin nicht ausgeschlossen, daß er einen Teil seiner Angaben gemacht hat, um guten Eindruck zu machen. Betrügern gegenüber ist in dieser Beziehung besondere Vorsicht erforderlich.

Besuch am 8. März 1907, etwa eine Stunde.

T., Kolonialwarendetailkaufmann, ist wegen Meineides zu 2 Jahren Zuchthaus verurteilt, wovon er ¾ Jahr verbüßt hat. Er ist vorher nie, „auch nicht mit einer Ordnungsstrafe", vorbestraft.

T. behauptet unschuldig zu sein. Seine Verurteilung beruhe auf Selbstbezichtigungen, die er im Zustande nervöser Überreizung (er hat gleichzeitig mit seiner Frau in Scheidung gelegen) gegen sich erhoben, in der Hauptverhandlung aber nicht aufrecht erhalten habe.

T. klagt über mangelhafte Verteidigung vor dem Schwurgericht. Ihm sei zum Verteidiger der Rechtsanwalt bestellt worden, der seine Frau in dem Scheidungsprozesse gegen ihn vertreten habe. Dieser sei gegen ihn noch besonders voreingenommen gewesen, da er ihm aus diesem Prozesse noch Geld schuldig gewesen sei. Dessen Nichtbezahlung habe er ihm noch gelegentlich der Unterredung über seine Verteidigung vorgeworfen. Er habe ihn nicht „als befangen ablehnen" wollen, um nicht bei dem Gericht den Eindruck eines „Schikaneurs" zu machen.

T. machte einen durchaus willensschwachen und nicht übermäßig intelligenten Eindruck.

T. ist durch die Strafe ganz gebrochen. Trotz seiner 29 Jahre bricht er bei dem Gespräche über seine Tat und seine

---

[3]) Allein das Bedürfnis nach Aufhebung des Ehrverlustes ist ja bei sonstiger Befürwortung durch die Anstaltskonferenz ein für den Gesuchsteller sprechender Umstand. Die Wirkungen des Ehrverlustes sind ja auch nicht von so praktischer Bedeutung, daß ihre ausnahmsweise Suspendierung gefährlich wäre.



Strafe fortwährend in heftiges Weinen aus, insbesondere bei Erwähnung seiner Eltern. Die Strafe wird ihm offenbar sehr schwer. Er ist seit seiner Einlieferung stark abgemagert.

Ich versuchte zu ermitteln, wodurch denn hauptsächlich die Strafe auf ihn diese eingreifende Wirkung ausübte. Die einzelnen Vollzugsmaßregeln schienen ihn nicht besonders zu drücken, auch nicht die Einsamkeit an sich. Das Bewußtsein, im Zuchthaus zu sein und die Aussicht, als Zuchthäusler nachher in der Welt herumlaufen zu müssen und nur unter Schwierigkeit Stellung finden zu können (also die Kränkung des Ehrgefühls und die Erschwerung des späteren Fortkommens in ungetrennter Vorstellung) haben seine ganze wohl ohnehin nicht sehr starke Widerstandskraft gebrochen.

Der Schmerz über sein Unglück findet Nahrung in dem heute sicher vorhandenen Gefühl der Schuldlosigkeit.[4]) Die Zerstörung seines ganzen bis dahin regelmäßigen Lebensganges muß ihm sinnlos erscheinen und in ihm mit dem unerbittlichen Bewußtsein der eigenen Ohnmacht ein starkes Gefühl der Bitterkeit hervorrufen. Das Gefühl der Versöhnung mit dem Unglück, das bei verdienter Strafe möglich ist, und die dadurch bewirkte innere Überwindung der Strafe[5]) kann hier nicht eintreten.

T. entbehrt es stark, von jedem brieflichen oder mündlichen Verkehr mit seinen Eltern und Verwandten, die von einem Zuchthäusler nichts wissen wollen, ausgeschlossen zu sein. Er würde gern einer verheirateten Kusine einmal schreiben, die ihm nahe steht. Doch hält er dies nicht für erlaubt, da nach der Hausordnung nur Briefe an Eltern, Gatten, Kinder und Geschwister zulässig sind. Ich verwies ihn darauf, die Erlaubnis zu einem Brief an seine Kusine beim Direktor nachzusuchen (die ihm sicherlich ausnahmsweise gegenüber § 167 Nr. 2 der Dienstordnung gewährt werden wird).

Aufrichtigen Trost scheint T. in der Religion, namentlich im Lesen der Bibel, des Gesangbuchs, in den Predigten und in den Gesprächen mit dem Pfarrer zu finden.

Nach seiner Entlassung will T. jede Stellung annehmen, die sich ihm bietet, sei es als Hausknecht oder sonst etwas. Er hat schon jetzt große Angst vor seinem Fortkommen nach seiner Entlassung. Er ist bereit, sich jedem Vorschlage der Fürsorge unterzuordnen.

T. kommt wohl als Kandidat für die vorläufige Entlassung in Betracht.

Notiz: Die Akten über den Strafprozeß gegen T. waren zur Einsicht noch nicht zu erhalten, da sie von der zuständigen Staatsanwaltschaft z. Z. an andere Behörden versandt sind.

M. Besuch am 3. März 1907 (etwa ¼ Stunde).

M. hat sich an einem noch nicht 14 jährigen Mädchen geschlechtlich vergriffen und dafür 1½ Jahre Zuchthaus fast verbüßt. Er steht eine Woche vor der Entlassung. Als Entschuldigungsgrund gibt er besonders vorgeschrittene körperliche Entwicklung des Mädchens, der Tochter seiner Logiswirtin, an. (Nicht vorbestraft.)

Er hat stets in Einzelhaft gesessen, diese auch ganz gut vertragen. Es ist ihm von der Verwaltung angeboten worden, die letzten sechs Wochen der Strafzeit als Übergangsstadium mit sogenannten Hofarbeiten, d. h. Gartenarbeiten und anderen Arbeiten außerhalb des eigentlichen Hauses, zu verbringen. Er hat dies abgelehnt, da er die Gesellschaft der Gewohnheitsverbrecher scheut.

Er bereut offenbar seine Tat als eine große Unbesonnenheit seines Lebens. Er hat die Strafe in dem Bewußtsein ertragen, sie ehrlich verdient zu haben. „Für so etwas muß doch schließlich Strafe sein."

Er macht einen energischen Eindruck, weiß, was er will und wird sich in der Freiheit wohl wieder emporarbeiten, vorausgesetzt, daß sein Geschlechtstrieb keine dauernde starke Perversität zeigt.

---

[4]) Selbst wenn es nicht berechtigt sein sollte.

[5]) Die z. B. bei dem nächstfolgenden, M., ganz charakteristisch vorhanden war.

Er hofft, mit Hülfe früherer Arbeitskollegen wieder in Stellung zu kommen, diese dürfen aber nichts von seiner Bestrafung wissen, ebensowenig seine späteren Arbeitgeber oder Werkführer. Dies stößt auf die Schwierigkeit, daß er während der 1½ Jahre Zuchthaus keine Invalidenmarken geklebt hat. Seine Invalidenkarten befinden sich noch bei seiner früheren Firma. Er hat sie sich von dort nicht während seiner Strafzeit schicken lassen, wo er sie hätte weiter kleben können. Dann hätte nämlich die Firma ihm mit der Invalidenkarte gleichzeitig 18 Mark rückständigen Lohn gesandt, der sofort für die Gerichtskosten seines Strafverfahrens beschlagnahmt wäre. Jetzt wird ihm dies Geld neben den im Zuchthaus verdienten 16 Mark Arbeitsbelohnung ein Zehrpfennig für die Zeit nach der Entlassung sein.

Die Angaben des M. machen einen zuverlässigen Eindruck.

Derselbe. Besuch am 18. März 1907 (etwa eine Stunde).

Ich teilte M. mit, daß er seine alte Invalidenkarte auf der Polizei gegen eine neue umtauschen könne (§ 131 C b/2 J. V. G.), so daß das Fehlen von 1½ Jahren von seinem Meister nicht bemerkt werden könnte.

Ich sprach mit ihm über die Gesamtwirkung der Strafe. Er meinte, auf ihn hätte die Strafe entschieden moralischen Einfluß gehabt. Meiner Äußerung, daran sei wohl die Einzelhaft und die dadurch gegebene Gelegenheit zum Nachdenken schuld, widersprach er. Der Hauptgrund ihrer Wirkung sei, daß man wisse, daß man die Strafe verdient habe. Mit diesem Bewußtsein verbüße man sie sehr viel leichter, als die zahlreichen Unschuldigen, die auch hier im Zuchthause säßen.

Die Strafe wäre noch viel wirksamer, wenn sie kürzer, aber strenger wäre. Diese Ansicht würde ich bei allen Sträflingen finden, die noch moralische Vorsätze hätten. Sechs Monate scharfer Strafe würden mehr wirken, als jetzt vier Jahre. Die Wirkung der Strafe wüchse nicht mit ihrer Dauer.

Als Schärfungsmittel schlug er Kostschmälerung vor. Ich hielt ihm vor, daß man dadurch doch die Leute untauglicher für späteres Fortkommen machen würde. Dann sollten nach seiner Ansicht die Fürsorgevereine eingreifen und dem Entlassenen im Anfang leichte Arbeit zuweisen. Meinem Vorschlag, die Sträflinge häufiger auf der Pritsche schlafen zu lassen, stimmte er nicht nur zu, sondern fand, sie könnten überhaupt auf der Pritsche, statt wie jetzt in einem ganz guten Bette schlafen.

Die Unterredungen des Pfarrers mit ihm, sowohl wie die Predigten hätten Eindruck auf ihn gemacht. Sein Vater habe Religion immer nur verhöhnt, seine Mutter sei zu dumm, um darüber eine eigene Ansicht zu haben, sie sei nämlich aus Westpreußen und könne weder lesen noch schreiben. So sei er irreligiös erzogen und aufgewachsen. Er habe erst im Zuchthause die Bibel und die Religion ordentlich kennen gelernt und Gefallen daran gefunden. Er wolle auch in Zukunft Sonntags häufig im Evangelium lesen.

Auch im Schulunterricht habe er viel gelernt, namentlich auch Dinge, die man im täglichen Leben braucht und von denen er bisher nichts verstanden habe, z. B. das Ausschreiben von Schuldscheinen, das Abschließen von Mietsverträgen und ähnliches.

Man sei von den Beamten, auch von den Aufsehern hier immer als anständiger Mensch behandelt worden, wenn man sich nichts habe zu Schulden kommen lassen. Diese Behandlung richte den Gefangenen so auf, daß er sich selbst zusammennähme, während er bei schlechter Behandlung leicht alle Lust zur Arbeit an sich selbst verliere.

Am Lehrer rühmte er vor allem, daß er über alles, was er auf dem Herzen habe, zu den Gefangenen spräche.

Eine vollkommene Trennung der Gefangenen sei gar nicht durchzuführen. Abends stelle man den Stuhl auf das Bett und könne dann zum Fenster heraus sich auf ziemliche Entfernung unterhalten. Andere Kommunikationsmittel seien das Klopfen, insbesondere mit dem Zimmernachbarn, Bestellungen und Durchstechereien durch den Kalfaktor und Barbier, sowie schließlich Kassiberverkehr, insbe-

sondere beim Kirchgang. Auf demselben Flügel des Gebäudes verkehrten sie alle miteinander. Es sei z. B. neulich vorgekommen, daß in der Schule ihm jemand von einem anderen Flügel gesagt habe: Du kannst mal meinem Freund H. auf Nr. 65 das und das bestellen. M. ist Nr. 83, liegt also 18 Zellen davon entfernt.

Als die Anstaltskirche (mit stalls) erbaut worden sei, da hätten die Leute geglaubt, etwas ganz Schlaues getan zu haben, es sei aber sehr dumm. Die Absperrung in der Kirche hätte erstens den Erfolg, daß nur ein kleiner Teil der Sträflinge am Gesange teilnähme. Könnten sie sich gegenseitig sehen, so würde einer den anderen singen sehen und selbst dadurch dazu angeregt werden. Während der Predigt und des Singens könnte jetzt ausgezeichnet gesprochen werden. Ebenso sei in dem engen, von Holzwänden eingeschlossenen Mittelgang zwischen den stalls, der nur an beiden Enden von den Aufsehern bewacht werde, eine ungleich bessere Gelegenheit zur Durchstecherei, als wenn alles frei wäre und von überall beobachtet werden könnte. Er könne den Unterschied entnehmen aus einem Vergleich mit der Kirche im Untersuchungsgefängnis zu Moabit. Dort seien keine stalls, es sei während der Predigt mäuschenstill und auch zu Durchstechereien sei kaum Gelegenheit.

Das Schulzimmer der Strafanstalt war bis vor einem Jahr ebenfalls mit stalls eingerichtet. Seitdem wird der Unterricht in einem neuen Schulzimmer ohne Einzelkästen erteilt. Bei der früheren Einrichtung seien ungleich mehr Kommunikationen möglich gewesen als jetzt.

Im allgemeinen ist M. über die Hauptvorgänge in der Anstalt (z. B. einen vor einiger Zeit von drei Gefangenen unternommenen Ausbruchsversuch) so gut unterrichtet, daß schon daraus die gute Verständigungsmöglichkeit in der Anstalt hervorgeht.

Ich fragte M., ob er nicht auf seinen Antrag nach ¾ der Strafzeit hätte vorläufig entlassen werden können (Sittlichkeitsverbrecher, zum erstenmal bestraft, in der Anstalt gut geführt). Darauf meinte er, er hätte es gar nicht angenommen. Bei näherem Gespräch ergab sich, daß er von der vorläufigen Entlassung, obwohl die wesentlichsten Vorschriften darüber aus Gesetz und Verordnung in der in seinen Händen befindlichen Hausordnung abgedruckt sind, nur eine ganz unklare Vorstellung hatte. Er hatte scheinbar gedacht, sie sei nur eine Beurlaubung, nach deren Ablauf er auf jeden Fall wieder in die Strafe zurück müsse.

Der Fürsorgeverein hat M. — der von Beruf Metallarbeiter ist — in einer Ziegelei in Lothringen unterbringen wollen. M. will dort nicht hin, weil ihm diese Beschäftigung nicht liegt, sondern will sich in Berlin sofort nach der Entlassung Arbeit suchen. Er will mir, wenn er wieder im ordentlichen Leben steht, schreiben.[6])

Sch. Besuch 1. 3. 07 (¾ Stunde).

Sch. ist wegen Meineids (als Detektiv in einer Ehescheidungssache) zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt und hat davon 1½ Jahre verbüßt. 38 J. alt.

Sch. behauptet unschuldig zu sein.

Er grübelt deswegen Tag und Nacht über seine Strafe. Das Lesen vermag ihn wenig anzureizen. Auch sonst hat er nicht die Ruhe zu einer zerstreuenden Beschäftigung, etwa zum Zeichnen. Er wird mit den Gedanken über seine Bestrafung nicht fertig.

Sch. ist über die angeblich unverdiente Strafe so erbittert, daß er, wenn er ungerecht seine drei Jahre abbüßen muß, nicht mit dem Wunsche aus der Strafe gehen wird, wieder ein ordentlicher Mensch zu werden. Er will an den Menschen Rache nehmen, und sieht nicht ein, warum er allein unschuldig leiden soll.

An sich sei die Behandlung im Zuchthause nicht so schlimm. Er müsse sagen, wenn jemand wirklich einen Meineid geleistet und die Strafe verdient hätte, so sei die Behandlung noch viel zu milde.

Sch. ist einmal früher total betrunken in seiner Zelle aufgefunden worden, hat sich auch bei dieser Gelegenheit tätlich an Aufsehern vergriffen. Er hatte

---

[6]) Dies hat er auch etwa 14 Tage nach seiner Entlassung getan.

sich von Leuten aus der Tischlerei aus Politur destillierten Spiritus verschafft.

Nachtrag: Sch. hat die Einsamkeit auf die Dauer nicht vertragen, und ist später zu Diensten innerhalb des Hauses verwendet worden.

B. Besuche am 5. 3. 07 und 6. 3. 07 (je eine Stunde).

B. ist 7 oder 8 Mal wegen Betruges (auch Diebstahls) vorbestraft. Er sitzt jetzt wegen Betruges und Entführung.

Er scheint mir persönlich eine hervorragende Virtuosität in der Heuchelei zu haben. Nach seinen Angaben sollen freilich der Direktor und der Pfarrer der Anstalt seinen Mitteilungen vollen Glauben schenken, und ihn für den bedauernswertesten Mann der ganzen Anstalt halten.

B. erzählt, durch Stiefgeschwister aus dem Elternhause vertrieben zu sein. Er sei dadurch aus Not zu dem ersten Betrug, wegen dessen er bestraft ist, gekommen. Er sei dann von seinen Eltern nach Amerika zu Verwandten geschickt; dort sei seine Bestrafung ruchbar und er damit unmöglich geworden. In der Heimat habe er sich wieder nur durch Betrügereien forthelfen können.

Auf die Frage, weswegen er sitzt, stellt er die Entführung völlig in den Vordergrund, die tatsächlich gegenüber dem Betruge im strafschärfenden Rückfall nur eine geringe Rolle spielt.

Er erzählt, er habe zwei Semester Zahnheilkunde studiert, auch das Reifezeugnis für Prima auf dem Gymnasium erworben. Aus seinen Akten ergibt sich, daß er, obwohl 17 Jahre alt, nur bis Quinta gelangt ist, und dann Zahntechniker geworden ist.

Er bittet mich, ihm bei dem Direktor die Erlaubnis auszuwirken, für mich Schreibarbeiten gegen Entgelt auszuführen.

Er bittet ferner um Auskunft wegen einer neuen gegen ihn erhobenen Anklage wegen Unterschlagung, an der er natürlich auch gänzlich unschuldig ist.

Daß er immer nur durch widrige Umstände ohne eigentliche Schuld, insbesondere durch den Haß der Stiefgeschwister zu seinen Straftaten getrieben ist, entwickelt er in langer sehr geschickter Erzählung.

Wenn man erwägt, daß er immer wegen Betruges bestraft ist, daß seine letzten Straftaten im Erschwindeln von Geld von einer ganzen Anzahl Berliner Pastoren bestand, so ist klar, daß er eine besondere Fähigkeit besitzt, Gebildeten gegenüber durch erschwindelte Erzählungen zu wirken. Seinen zwar sehr geschickt vorgetragenen, aber sachlich in sich nicht sehr wahrscheinlichen Erzählungen wird daher mit der allergrößten Vorsicht gegenüber zu treten sein.

Dazu kommt, daß er, offenbar um durch mich bei dem Direktor und dem Pfarrer, den für ihn maßgebenden Persönlichkeiten, guten Eindruck zu machen, von diesen beiden nicht nur in den lobendsten Tönen sprach, sondern auch auseinandersetzte, daß sie die beiden einzigen Menschen seien, die „fähig" seien, ihn „ganz zu verstehen". Auf eine vorsichtige Anfrage nach kleinen harmlosen Disziplinarwidrigkeiten (Verkehr mit anderen Gefangenen durch Klopfen, Sprechen in der Kirche, Kassiber usw.), über die mir von vielen Gefangenen freimütig Auskunft erteilt wurde, erwiderte er im Tone der Entrüstung, daß er sich an derartigen Dingen nie beteiligen würde.

Nach alledem, insbesondere aber nach dem schriftlich nicht wiederzugebenden Gesamteindrucke seiner Persönlichkeit, den ich aus längeren Gesprächen mit fortnahm, halte ich ihn für einen ganz besonders raffinierten Strafanstaltspraktiker und Heuchler.

Er ist nur als Typus eines solchen interessant; zur Gewinnung von tatsächlichem Material über Wirkung der Strafe würde ich Angaben von ihm nicht für verwertbar halten.

H. Besuch am 9. 3. 07 (¼ Stunde).

H. hat drei Tage hintereinander nichts gegessen, um sich selbst zu töten. Erst als der Arzt ihm sagte, er würde ihm die Nahrung künstlich eintrichtern, begann er — vor zwei Tagen — wieder zu essen.

Im Gespräch ist er furchtsam und nicht zu verwertbaren Äußerungen über die Wirkungen der Strafe zu bringen. Auch scheint er schwach begabt, über seine Eindrücke selbst wenig klar zu sein und sich noch weniger darüber aussprechen zu können.

In der Hauptsache wird ihm die Einsamkeit schwer. Er ist zufrieden, wenn er sich mit anderen unterhalten kann. In Kirche und Schule geht er „ganz gern“.

Er war bereits vor einiger Zeit zu den Wasserpumpern gekommen, die den Wasserbedarf der Anstalt mehrmals täglich heraufpumpen, dadurch Zerstreuung haben und auch miteinander zusammenkommen. Auf Grund seines Hungerversuchs ist seine Versetzung in die Waschküche (gemeinschaftliche Arbeit) angeordnet worden.

Ein späterer Besuch gibt kein verändertes Bild.

W. Besuch am 9. 3. 07 (20 Minuten).

W. ist wegen Erpressung auf Grund homosexuellen Verkehrs im zweiten Fall und schwerer Urkundenfälschung zu 6 Jahren Zuchthaus verurteilt worden, wovon er 2 Jahre verbüßt hat. Er ist von Beruf Damenschneider und Ballet-Tänzer.

Er ist in der Anstalt als Schneider beschäftigt und zwar zum großen Teil mit dem Anfertigen von Damenkleidern für die Angehörigen der Anstaltsbeamten. Sonntags und Mittags liest er oder zeichnet Damenkostüme. Kirche und Schule interessieren ihn nicht.

Er versucht auch im Zuchthause in Tonfall und Manieren ein elegantes, unverkennbar weibisches Wesen hervorzukehren. Er renommiert mit seinen vornehmen Bekanntschaften (einem Botschafter und hohen Staatsbeamten). Irgend welche Gedrücktheit ist ihm nicht anzumerken.

Die Einsamkeit erträgt er gut. Die beste Zerstreuung sind ihm die häufigen Anproben der Damenkleider, die vorn in einem Zimmer des Verwaltungsgebäudes stattfinden. Er will keinesfalls (auch nicht nach Ablauf der ersten drei Jahre) in Gemeinschaft oder auch nur als Kalfaktor beschäftigt werden. Die Gesellschaft der übrigen ist ihm „zu gemein“.

Er verkehrt brieflich in den üblichen Zwischenräumen mit seinen Angehörigen, wird auch von ihnen besucht. Das erste Jahr lang hat er aus Scham keinen Besuch angenommen.

O. Besuch am 28. 2. 07 (10 Minuten), 9. 3. 07 (¾ Stunde).

O. hat im Alter von 14 Jahren seinem Lehrherrn 13 Mark unterschlagen. Deswegen und wegen starker Verwahrlosung durch seine Eltern wurde er in Fürsorge-Erziehung zuerst nach R. und dann nach L gebracht. Von der Erziehungsanstalt aus wurde er zeitweise als Hofgänger in Mecklenburg beschäftigt. Dort entwich er, und ging auf die Wanderschaft nach Berlin zu. In einer Herberge zur Heimat kaufte er ein fremdes Dienstbuch und eine Invalidenkarte, worin er die Namen fälschte. „Wie haben Sie das gemacht?“ „Mit Scheidewasser und Eau de Javelle machen die das immer.“ Er verbüßte wegen Urkundenfälschung 6 Wochen Gefängnis und kam dann wieder in Fürsorge-Erziehung nach L. Dort machte er mit anderen gemeinschaftlich einen Ausbruch und ist dabei mit einem Stuhlbein gegen einen Wärter vorgegangen. Er wurde dafür mit 2¼ Jahr Zuchthaus wegen Meuterei bestraft, wovon er bisher ein Jahr verbüßt hat.

Er will lieber drei Jahre im Zuchthause sein, als ein Jahr in Fürsorge-Erziehung.[7]) Er ist in der Erziehungsanstalt viel geschlagen worden.

O. hat die Einzelhaft nicht gut vertragen. Er mußte immer „simulieren“ (d. h. sinnen), so daß er jetzt in die Waschküche (gemeinschaftliche Arbeit) versetzt ist.

Er hat freilich dort keinen Mitgefangenen gefunden, mit dem er gern zusammen ist. Es ist nur, daß er „seine Gedanken etwas bewegen“ kann. Bei der Gemeinschaftsarbeit seien zum Teil zu gemeine Leute dabei und der eine sei immer „dem andern sein Teufel“.

Zu Beginn seiner Strafhaft war in der Anstalt ein Privatdozent Dr. K. drei Monate lang zur Ausbildung beschäftigt. Seine häufigen Besuche bei O. waren diesem eine große Freude, und das Hauptereignis seines Zuchthauslebens. Dies geht auch aus den Briefen hervor, die er als Antwort auf seine Briefe nach

---

[7]) Vergl. die gleiche Ansicht bei B. . . . . auf A I 10 (S. 3).

dem Fortgange des Dr. K. von seinen Angehörigen erhalten hat. Deren Hauptinhalt bildete das Bedauern mit ihm über den Weggang des Dr. K. O. hat zufällig den Geburtstag des Dr. K. erfahren und will ihm dazu schreiben.

O. hat offenbar den besten Willen. Er selbst erzählt, früher (namentlich in der Fürsorge-Erziehung) hätte er sich von jedem zu allen dummen Streichen sofort zureden lassen; jetzt sei er aber selbständiger und wisse, was er wolle.

Seine religiöse Zugänglichkeit ist gering, auf der Schule lernt er gern.

Nach seiner Entlassung will er jede Arbeit annehmen, die sich ihm bietet. Dr. K. hat ihm versprochen, eine Stelle für ihn zu besorgen.

Nachtrag: O. ist mit einem größeren Transport Zuchthausgefangener zu Landeskulturarbeiten nach dem Kurischen Haff geschickt worden.

K. Besuch am 9. 3. (¾ Stunde).

K., Landwirt, hat Abiturientenexamen gemacht, auch einige Semester studiert, war dann Inspektor auf dem Lande, 36 Jahre alt.

K. ist mehrfach wegen Betruges vorbestraft, verbüßt jetzt seit 1½ Jahren eine Zuchthausstrafe von 3 Jahren für Betrug im strafschärfenden Rückfalle und versuchten Raub. Der Raubversuch wird von ihm geleugnet. Auch der Staatsanwalt habe den Beweis dafür an sich als schwach und nur mit Rücksicht auf seine Vorstrafen als erbracht angesehen.

K. entstammt einer wohlhabenden Familie. Sein Vater, der Gründer und Leiter eines bekannten Berliner Instituts, hat plötzlich sein Vermögen in Spekulationen verloren.

K. ist starker Potator gewesen, deswegen auch, wie er selbst erzählt, von dem Anstaltsarzt als geistig minderwertig bezeichnet worden. Dies hindert nicht, daß er ganz geweckt über allerlei spricht. Mit Vorliebe bringt er seine lateinischen und griechischen Kenntnisse an. In seiner Zelle hängt ein Schild mit der Inschrift: *ΕΥΨΥΧΕΥ.*

K. hat kurz vor seiner jetzigen Strafe 4 Jahre in dem großen Zentralgefängnis zu W. verbüßt. Obwohl es nur Gefängnis gewesen sei, sei die Strafe dort schwerer gewesen als hier, und zwar insbesondere in zwei Punkten. Es seien bei jeder Kleinigkeit (z. B. ausnahmsweiser Nichtfertigstellung des Pensums wegen Unwohlseins) Disziplinarstrafen verhängt und auf Entschuldigungen des Sträflings kaum Rücksicht genommen worden. Hier werde durch eine eindringliche und vernünftige Verwarnung dasselbe und mehr erreicht. Zweitens sei die ganze Behandlung durch die Beamten sehr viel schroffer gewesen. Er halte aber den freundlichen Ton, der hier herrsche, für sehr viel wirkungsvoller. Es seien ja wohl auch „vom Ministerium aus" die Zuchthäuser mehr zu Besserungsanstalten bestimmt als die Gefängnisse.

Auf eine ganze Anzahl Leute wirke die Strafe auch hier im Zuchthause freilich gar nicht mehr als Übel. Geregelte, nicht zu schwere Arbeit, gutes Essen usw. ließen manchem das Zuchthaus als ein ganz gutes Asyl erscheinen.

Am schärfsten werde von den Leuten immer noch die Einzelhaft empfunden. Man sehe dies ja daran, daß bei den wöchentlichen Vorführungen vor den Direktor stets ein großer Teil der ihm vorgetragenen Wünsche auf Unterbringung zur Gemeinschaftsarbeit gingen.[8]

Die Arbeit werde von den Gefangenen in der Regel sehr eifrig getan. Sogar Sonntags arbeiteten viele „wie wild" (wenn sie geräuschlose Arbeit hätten), namentlich um sich die Langeweile zu vertreiben, dann wohl auch wegen der paar Pfennige Arbeitsbelohnung.

K. wird die Alkoholentziehung in der Strafanstalt recht schwer. Die lange Enthaltsamkeit während seiner Strafe zu W. habe ihn nicht vom Alkoholismus geheilt, im Gegenteil sei nach der Entlassung die Begierde nach Alkohol um so stärker gewesen. K. hofft aber jetzt, in der Freiheit sich vom Trunke fernhalten zu können. (?)

Sonntags und über Mittag beschäftigt sich K. mit dem Studium seiner landwirtschaftlichen Bibliothek. Er hat etwa 25 landwirtschaftliche Werke, die er sich hat schicken lassen, in seiner Zelle.

---

[8]) Die Tatsache ist richtig.

Nach seiner Angabe ist er ein tüchtiger Landwirt. Er will nach seiner Entlassung nach Rußland, wo er für landwirtschaftliche Betätigung ein zukunftsvolles Feld erwartet. — Der Psychiater bezeichnet ihn als minderwertigen Phantasten.

F. Besuch 1. 4. (½ Stunde).

F. ist wegen versuchten Totschlages zu 2 Jahren Zuchthaus verurteilt, wovon er ½ Jahr verbüßt hat. (Die Tat muß bei dem geringen Strafmaß verhältnismäßig leicht gewesen sein. F. gibt an, er soll seine Wirtsleute nach einem Streite wegen seiner Braut mit der Kohlenschaufel auf den Kopf geschlagen haben. Er leugnet teilweise.) 39 Jahre alt, angeblich nur einmal wegen Beleidigung vorbestraft.

F. ist in der Freiheit zeitweise Gelbgießer, zeitweise in einer Briketfabrik in der Senftenberger Gegend mit Briketpressen beschäftigt gewesen. Starke Lippen, grobe Züge, stumpfes Wesen.

Er fühlt sich in seiner Zelle scheinbar sehr wohl und die Einsamkeit wird ihm gar nicht schwer. Er sei gewöhnt, allein zu arbeiten und tue dies lieber als mit anderen zusammen. In Gemeinschaftshaft würde er viel weniger gern sein. Das Essen sei auch viel besser als in der Freiheit, ebenso die Wohnung. Zuhause habe er in einer kalten und zugigen Dachkammer schlafen müssen.

Im Gefängnis (er meint das Untersuchungsgefängnis) sei es viel schlimmer gewesen wie jetzt im Zuchthaus. Dort seien Blenden an den Fenstern gewesen, die Licht und Luft genommen hätten.[9])

C. Mehrfach besucht. Insbesondere Besuch am 14. 4. 07.

24 Jahre alt, wegen Diebstahls mit Gefängnis vorbestraft, die er in T. verbüßt hat. Er ist jetzt wegen Diebstahls zu 2½ Jahren Zuchthaus verurteilt, wovon er 1 Jahr verbüßt hat.

C. wird die Einsamkeit nicht schwer. Er ist als Tischler beschäftigt, wo er mannigfache und anregende Arbeit hat, die Körper und Geist ganz in Anspruch nimmt. Er hätte nicht den Wunsch, in Gemeinschaft zu kommen. Zuerst ertrug er die Einzelhaft schwerer, als er nur die Seitenwände zu Schränken zu hobeln hatte, während er jetzt hobelt, sägt, leimt usw. und ganze Schränke von Anfang bis zu Ende allein fertig macht. Die Gemeinschaftshaft bringe freilich den Nutzen, daß der eine dem andern beim Erlernen der Arbeit behilflich sein könne.

Er sei früher immer sehr stumm gewesen, und habe sich in der Gesellschaft anderer nie mit selbständiger Meinung hervorgetraut. Er macht jetzt einen ziemlich unverfrorenen Eindruck, redet auch viel. Er behauptet, er habe sich in dieser Beziehung kolossal verändert und glaubt, dies nur durch die Wirkung der Einzelhaft erklären zu können. Man komme in der Einzelhaft zu selbständigeren Ansichten.

Er habe sich früher von jeder schlechten Gesellschaft sofort verleiten lassen, hoffe aber jetzt fremden Einflüssen gegenüber selbständiger geworden zu sein. Er sei ja nun auch älter geworden.

K. Mehrfach besucht. Insbesondere Besuch am 16. 4. 07.

K. ist 24 Jahre alt, zum ersten Mal bestraft. Er ist wegen Hehlerei zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt, wovon 2½ verbüßt sind.

K. ist mehr leichtsinnig als in Not gewesen. Er hat seine Arbeit oft vernachlässigt, und sich durch (wenn auch nicht gewerbsmäßigen) Kauf gestohlener Fahrräder Geld verdient.

K. ist sehr kränklich und schwach, hat mehrere Male lange Zeit im Lazaret gelegen. Er war zuerst in seinem Beruf als Tischler beschäftigt, die Arbeit war aber zu schwer für ihn; er bindet jetzt Bücher ein, und zwar in der Druckerei (Gemeinschaft).

---

[9]) Vergl. Tallak, Principles p. 136 über den Einfluß von „air and light“ in der Gefangenschaft.

Der Arbeitsinspektor will K. mit Rücksicht auf die Arbeit in Einzelhaft bringen. K. fürchtet sich geradezu vor der Einzelhaft. Er ist gerade im Augenblick sehr niedergeschlagen, weil ein Gesuch von ihm um ¾ Entlassung abgelehnt worden ist.[10]) Außerdem plagen ihn vor allem in der Einsamkeit stets die Gedanken an seine Familie und an sein späteres Fortkommen. Seine Eltern sind ehrliche Leute, die ihm — auch in ihren, von mir eingesehenen Briefen — schwere Vorwürfe machen. Sie wollen ihn nach der Entlassung nicht bei sich aufnehmen, sondern ihm nur das Geld für die erste Schlafstelle geben.

Er hat seit längerer Zeit keine Besuche mehr angenommen. Es ist ihm zu schrecklich, sich mit seinen Eltern in dem offiziellen Besuchszimmer durch das Gitter hindurch zu unterhalten. Solange er im Lazaret lag, haben sie ihn häufiger besucht und sich auf dem Rande seines Bettes mit ihm unterhalten. Die Aussprache mit ihnen war ihm immer eine große Erleichterung.

Wegen seiner Krankheit fürchtet er sehr für sein späteres Fortkommen.

L. Besuch am 16. 4. 07.

35 Jahre alt, zu 6¼ Jahre Zuchthaus wegen Diebstahls und Urkundenfälschung verurteilt, wovon er 5½ Jahre verbüßt hat.

L. ist Gewohnheitsverbrecher, 7 Mal, hauptsächlich wegen Diebstahls, bestraft. Er hat sich stets auf andere Namen verurteilen lassen, daher jetzt zum ersten Male Zuchthaus. In Kaschemmen hat er fast gar nicht verkehrt, weil er dort am ehesten fürchten mußte, entdeckt zu werden. Er sagt, er sei froh, daß er jetzt gefaßt sei; die ständige Hetze und Angst vor der Entdeckung seines richtigen Namens sei furchtbarer gewesen, als lange Zuchthausstrafe.

Er war über 5 Jahre in der Einzelhaft. Er findet jetzt als Raddreher in der Druckerei Verwendung. Er habe die Einzelhaft stets gut vertragen, da er sich von vornherein vorgenommen habe, nicht zu grübeln. Grübeleien in der Strafe führten doch zu nichts. Daß seine selbständige Entschlußfähigkeit und Energie in der Einzelhaft gelitten habe, glaubt er nicht. Er habe ja oft in der Gemeinschaft von anderen Sträflingen gehört, daß sie der Einzelhaft einen solchen Einfluß zuschrieben. Er kann davon aber bei sich nichts konstatieren, traue sich auch noch viel Energie zu. Überhaupt glaube er, daß die Einzelhaft auf ihn keinen merklichen Einfluß gehabt habe.

W. Besuch am 16. 4. 07.

W. hat im Alter von 23 Jahren seinen Meister aus Rache erschlagen, ist wegen Mordes zum Tode verurteilt und zu lebenslänglichem Zuchthaus begnadigt worden. Er ist jetzt 45 Jahre alt. Er war zuerst im Zuchthause in H., dann in L., und ist vor 10 Monaten nach Moabit versetzt worden, weil dort ein Buchbinder gebraucht wurde.

Er ist als Buchbinder in der Druckerei in Gemeinschaft beschäftigt. Bis dahin hat er seine Strafe stets in Einzelhaft verbüßt, aber nie den Wunsch nach Gemeinschaft gehabt. Die Buchbinderarbeit war ihm immer genügend interessant. Auch jetzt hat er den Wunsch, wieder in Einzelhaft zu kommen. Ihm ist die Gesellschaft der anderen unangenehm. Zum Grübeln ist er natürlich nicht angelegt. Er liest ganz gern, hat aber in sein Schreibheft in den 10 Monaten seines Aufenthalts in der Anstalt noch nichts eingetragen. Er wüßte nicht, was er da hereinschreiben sollte. Geistig macht er einen etwas stumpfen Eindruck.

Zum Begriff des Notstandes.

Von Ernst Eckstein, Wittstock.

In Nr. 12 S. 681 der DJZ. 1909 unterwirft Frhr. von Bülow den Begriff des strafrechtlichen Notstandes und die Literatur über diese Frage einer Kritik. Er

[10]) In Preußen bei Hehlerei so gut wie selbstverständlich.

kommt darin zu dem Resultat, daß aus dem Wortlaut des Gesetzes eine Grenze für den Schutz körperlicher Unversehrtheit nicht zu entnehmen ist, sträubt sich aber andererseits vor der Konsequenz v. Liszts, wonach die Gefahr einer selbst geringfügigen Körperverletzung schon ein Recht gebe, einen unbeteiligten Dritten zu töten. Diesem Dilemma, „der Bestimmung über den Notstand eine dem Rechtsgefühl widerstreitende Tragweite einzuräumen, oder Unterscheidungen in das Gesetz hineinzutragen, für die es selbst keinen Anhalt bietet," entgeht Bülow dann dadurch, daß er mit Binding im Gesetz eine stillschweigende Anerkennung des Erfordernisses der Proportionalität annimmt, ein Ausweg, den er selbst als kühn bezeichnet, und zu dem er nur notgedrungen greift.

Meines Erachtens bedarf es dieses zweifelhaften Auswegs nicht. Vielmehr hat das Moment der Proportionalität im Gesetz, nicht außerhalb des Gesetzes seinen Ausdruck gefunden; freilich in anderm Sinne als bei der Annahme Bindings und Bülows.

Die Voraussetzung des Notstandes ist eine Gefahr für Leib oder Leben. Wohl unterwirft Bülow diesen Begriff der Kritik; wie mir scheint, aber nicht erschöpfend. Mit Recht wirft er die Frage auf: was bedeutet nun eine Gefahr für den Leib, die keine Gefahr für das Leben ist? In dieser Frage selbst liegt nun schon der fruchtbare Gesichtspunkt, der bisher in der Behandlung dieser Frage nicht genügend gewürdigt ist.

Wenn von einer Gefahr für einen Gegenstand die Rede ist, so ist darin die Möglichkeit der Vernichtung seiner Integrität zu sehen. Eine Gefahr für eine Sache liegt vor, wenn eine Einwirkung droht, die ihr die sie bestimmenden Merkmale zu nehmen geeignet ist. Eine Gefahr für eine Uhr etwa liegt vor, wenn die Einwirkung den Gang des Werkes beeinträchtigen könnte, denn zum Wesen der Uhr gehört es, daß sie geht. Es ist dagegen keine Gefahr für die Uhr, wenn ein Kind etwa das Zifferblatt zu bemalen droht. Diese Grundsätze sind auch auf die dem menschlichen Körper drohende Gefahr anzuwenden. Für den Begriff des gefährdeten Lebens ergibt sich keine Schwierigkeit; es ist darunter nur der Fall zu verstehen, daß ein Untergang der Lebensfunktionen droht. Nicht so einfach bei der Gefährdung des Leibes. Es gibt manche solche Gefährdungen, die keineswegs gleichzeitig eine Gefährdung des Lebens sind, denn das Leben ist nicht gefährdet, wenn nicht sein ganzer Bestand bedroht ist. Solche Fälle mitzuumfassen, war im Gesetz der Zusatz „Leib oder" Leben nötig.

Wann aber ist der Leib gefährdet? Es ist hier dieselbe Antwort zu geben wie oben bei der gefährdeten Sache: wenn die das Wesen des Leibes ausmachenden Elemente bedroht sind. Daß dazu nicht jede geringfügige Körperverletzung gehört, liegt ebenso auf der Hand, wie daß eine leichte Beschädigung des Gehäuses noch keine Gefährdung der Uhr ist. Wem eine Ohrfeige versetzt oder ein Haarbüschel ausgerissen, eine Verletzung mit einem ungefährlichen Werkzeug zugefügt wird, dessen Körper zeigt darnach noch die sämtlichen Merkmale des „Leibes" wie zuvor. Der Verlust eines Gliedes, eines Auges, die Gefahr einer wesentlichen Entstellung ist dagegen als Gefährdung des Leibes anzusehen, denn es gehört zum Wesen des Leibes, daß die Zahl der Glieder, der Sinne, die normale äußere Erscheinung gewahrt ist.

Damit dürfte die begriffliche Grenze für den Schutz körperlicher Unversehrtheit aufgestellt sein. Daß praktisch die Grenze sich als fließend herausstellen wird, liegt im Wesen der Sache. Einen fruchtbaren Gesichtspunkt für die angemessene Beurteilung dürfte in der Parallele mit der gefährlichen Körperverletzung zu finden sein; doch muß man sich dessen bewußt bleiben, daß irgend ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Gebieten nicht besteht.

Gesetzgebung.

Prevention of Crime Act, 1908.
8 Edw. 7. Ch. 59.

CHAPTER 59.

An Act to make better provision for the prevention of crime, and for that purpose to provide for the reformation of Young Offenders and the prolonged detention of Habitual Criminals, and for other purposes incidental thereto.

[21st December 1908.]

Be it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART I.

REFORMATION OF YOUNG OFFENDERS.

Power of court to pass sentence of detention in Borstal Institution.

1.—(1) Where a person is convicted on indictment of an offence for which he is liable to be sentenced to penal servitude or imprisonment, and it appears to the court—

(a) that the person is not less than sixteen nor more than twenty-one years of age; and

(b) that, by reason of his criminal habits or tendencies, or association with persons of bad character, it is expedient that he should be subject to detention for such term and under such instruction and discipline as appears most conducive to his reformation and the repression of crime;

it shall be lawful for the court, in lieu of passing a sentence of penal servitude or imprisonment, to pass a sentence of detention under penal discipline in a Borstal Institution for a term of not less than one year nor more than three years:

Provided that, before passing such a sentence, the court shall consider any report or representations which may be made to it by or on behalf of the Prison Commissioners as to the suitability of the case for treatment in a Borstal Institution, and shall be satisfied that the character, state of health, and mental condition of the offender, and the other circumstances of the case, are such that the offender is likely to profit by such instruction and discipline as aforesaid.

(2) The Secretary of State may by order direct that this section shall extend to persons apparently under such age not exceeding the age of twenty-three as may be specified in the order, and upon such an order being made this section shall, whilst the order is in force, have effect as if the specified age were substituted for „twenty-one":

(2) The Secretary of State may by order direct that this section shall extend to persons apparently under such age not exceeding the age of twenty-three as may be specified in the order, and upon such an order being made this section shall, whilst the order is in force, have effect as if the specified age were substituted for „twenty-one":

Provided that such an order shall not be made until a draft thereof has lain before each House of Parliament for not less than thirty days during the session of Parliament, and if either House, before the expiration of that period, presents an address to His Majesty against the draft or any part thereof, no further proceedings shall be taken thereon, but without prejudice to the making of any new draft order.

Application to reformatory school offences.

2. Where a youthful offender sentenced to detention in a reformatory school is convicted under any Act before a court of summary jurisdiction of the offence of committing a breach of the rules of the school, and the court might under that Act sentence the offender to imprisonment, the court may, in lieu of sentencing him to imprisonment, sentence him to detention in a Borstal Institution for a term not less than one year nor more than three years, and in such case the sentence shall supersede the sentence of detention in a reformatory school.

Power to transfer from prison to Borstal Institution.

3. The Secretary of State may, if satisfied that a person undergoing penal servitude or imprisoned in consequence of a sentence passed either before or after the passing of this Act, being within the limits of age within which persons may be detained in a Borstal Institution, might with advantage be detained in a Borstal Institution authorise the Prison Commissioners to transfer him from prison to a Borstal Institution, there to serve the whole or any part of the unexpired residue of his sentence, and whilst detained in, or placed out on licence from, such an institution, this Part of this Act shall apply to him as if he had been originally sentenced to detention in a Borstal Institution.



Establishment of Borstal Institutions.

4.—(1) For the purposes of this Part of this Act the Secretary of State may establish Borstal Institutions, that is to say, places in which young offenders whilst detained may be given such industrial training and other instruction, and be subjected to such disciplinary and moral influences as will conduce to their reformation and the prevention of crime, and for that purpose may, with the approval of the Treasury, authorise the Prison Commissioners either to acquire any land or to erect or acquire any building or to appropriate the whole or any part of any land or building vested in them or under their control, and any expenses incurred under this section shall be paid out of moneys provided by Parliament.

(2) The Secretary of State may make regulations for the rule and management of any Borstal Institution, and the constitution of a visiting committee thereof, and for the classification, treatment, and employment and control of persons sent to it in pursuance of this Part of this Act, and for their temporary detention until arrangements can be made for sending them to the institution, and, subject to any adaptations, alterations, and exceptions made by such regulations, the Prison Acts, 1865 to 1898 (including the penal provisions thereof), and the rules thereunder, shall apply in the case of every such institution as if it were a prison.

Power to release on licence.

5.—(1) Subject to regulations by the Secretary of State, the Prison Commissioners may at any time after the expiration of six months, or, in the case of a female, three months, from the commencement of the term of detention, if satisfied that there is a reasonable probability that the offender will abstain form crime and lead a useful and industrious life, by licence permit him to be discharged from the Borstal Institution on condition that he be placed under the supervision or authority of any society or person named in the licence who may be willing to take charge of the case.

(2) A licence under this section shall be in force until the term for which the offender was sentenced to detention has expired, unless sooner revoked or forfeited.

(3) Subject to regulations by the Secretary of State, a licence under this section may be revoked at any time by the Prison Commissioners, and where a licence has been revoked the person to whom the licence related shall return to the Borstal Institution, and, if he fails to do so, may be apprehended without warrant and taken to the institution.

(4) If a person absent from a Borstal Institution under such a licence escapes from the supervision of the society or person in whose charge he is placed, or commits any breach of the conditions contained in the licence, he shall be considered thereby to have forfeited the licence.

(5) A court of summary jurisdiction for the place where the Borstal Institution from which a person has been placed out on licence is situate or where such a person is found may, on information on oath that the licence has been forfeited under this section, issue a warrant for his apprehension, and he shall, on aprehension, be brought before a court of summary jurisdiction, which, if satisfied that the licence has been forfeited, may order him to be remitted to the Borstal Institution, and may commit him to any prison within the jurisdiction of the court until he can conveniently be removed to the institution.

(6) The time during which a person is absent from a Borstal Institution unde such a licence shall be treated as part of the time of his detention in the institution: Provided that wherethat person has failed to return to the institution on the licence being forfeited or revoked, the time which elapses after his failure so to return shall be excluded in computing the time during which he is to be detained in the institution.

(7(A licence under this section shall be in such form and shall contain such conditions as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State.

Supervision after expiration of term of sentence.

6.—(1)Every person sentenced to detention in a Borstal Institution shall, on the expiration of the term of his sentence, remain for a further period of six months under the supervision of the Prison Commissioners.

(2) The Prison Commissioners may grant to any person under their supervision a licence in accordance with the last foregoing section, and may revoke any such licence and recall the person to a Borstal Institution, and any person so recalled may be detained in a Borstal Institution for a period not exceeding three months, and may at any time be again placed out on licence:

Provided that a person shall not be so recalled unless the Prison Commissioners are of opinion that the recall is necessarry for his protection, and they shall again place him out on licence as soon as possible and at latest within three months after the recall, and that a person so re-called shall not in any case be detained after the expiration of the said period of six months' supervision.

(3) A licence granted to a person before the expiration of his sentence of detention in a Borstal Institution shall, on his becoming liable to be under supervision in accordance with this section, continue in force after the expiration of that term, and may be revoked in manner provided by the last foregoing section.

(4) The Secretary of State may at any time order that a person under supervision under this section shall cease to be under such supervision.

Transfer of incorrigibles, &c. to prison.

7. Where a person detained in a Borstal Institution is reported to the Secretary of State by the visiting committee of such institution to be incorrigible, or to be exercising a bad influence on the other inmates of the institution, the Secretary of State may commute the unexpired residue of the term of detention to such term of imprisonmet, with or without hard labour, as the Secretary of State may determine, but in no case exceeding such unexpired residue.

Treasury contributions towards expenses of societies assisting, &c. persons discharged from Borstal Institutions.

8. Where a society has undertaken the duty of assisting or supervising persons discharged from a Borstal Institution, either absolutely or on licence, there may be paid to the society out of money provided by Parliament towards the expenses of the society incurred in connection with the persons so discharged such sums on such conditions as the Secretary of State, with the approval of the Treasury. may recommend.

Removal from one part of the United Kingdom to another.

9. Where a person has been sentenced to detention in a Borstal Institution in one part of the United Kingdom, the Secretary of State, the Secretary for Scotland or the Lord Lieutenant of Ireland, as the case may be, may, as authority under this Act for that part of the United Kingdom, direct that person to be removed to and detained in a Borstal Institution in another part of the United Kingdom, with the consent of the authority under this Act for that other part.

PART II.

DETENTION OF HABITUAL CRIMINALS.

Power of court to pass sentence of preventive detention in addition to penal servitude.

10.—(1) Where a person is convicted on indictment of a crime, committed after the passing of this Act, and subsequently the offender admits that he is or is found by the jury to be a habitual criminal, and the court passes a sentence of penal servitude, the court, if of opinion that by reason of his criminal habits and mode of life it is expedient for the protection of the public that the offender should be kept in detention for a lengthened period of years, may pass a further sentence ordering that on the determination of the sentence of penal servitude he be detained for such period not exceeding ten nor less than five years, as the court may determine, and such detention is hereinafter referred to as preventive detention and a person on whom such a sentence is passed shall, whilst undergoing both the sentence of penal servitude and the sentence of preventive detention, be deemed for the purposes, of the Forfeiture Act, 1870, and for all other purposes. to be a person convicted of felony.

(2) A person shall not be found to be a habitual criminal unless the jury finds on evidence —

(a) that since attaining the age of sixteen years he has at least three times previously to the conviction of the crime charged in the said indictment been convicted of a crime, whether any such previous con-

viction was before or after the passing of this Act, and that he is leading persistently a dishonest or criminal life; or

(b) that he has on such a previous conviction been found to be a habitual criminal and sentenced to preventive detention.

(3) In any indictment under this section it shall be sufficient, after charging the crime, to state that the offender is a habitual criminal.

(4) In the proceedings on the indictment the offender shall in the first instance be arraigned on so much only of the indictment as charges the crime, and if on arraignment he pleads guilty or is found guilty by the jury, the jury shall, unless he pleads guilty to being a habitual criminal, be charged to inquire whether he is a habitual criminal, and in that case it shall not be necessary to swear the jury again:

Provided that a charge of being a habitual criminal shall not be inserted in an indictment —

(a) without the consent of the Director of Public Prosecutions; and

(b) unless not less than seven days' notice has been given to the proper officer of the court by which the offender is to be tried, and to the offender, that it is intended to insert such a charge;

and the notice to the offender shall specify the previous convictions and the other grounds upon which it is intended to found the charge.

(5) Without prejudice to any right of the accused to tender evidence as to his character and repute, evidence of character and repute may, if the court thinks fit, be admitted as evidence on the question whether the accused is or is not leading persistently a dishonest or criminal life.

(6) For the purposes of this section the expression „crime“ has the same meaning as in the Prevention of Crimes Act, 1871, and the definition of „crime“ in that Act, set out in the schedule to this Act, shall apply accordingly.

Appeal against sentence to Court of Criminal Appeal. 7 Edw. 7. c. 23.

11. A person sentenced to preventive detention may, notwithstanding anything in the Criminal Appeal Act, 1907, appeal against the sentence without the leave of the Court of Criminal Appeal.

Power in certain cases to commute penal servitude to preventive detention.

12. Where a person has been sentenced, whether before or after the passing of this Act, to penal servitude for a term of five years or upwards, and he appears to the Secretary of State to have been a habitual criminal within the meaning of this Act, the Secretary of State may, if he thinks fit, at any time after three years of the term of penal servitude have expired, commute the whole or any part of the residue of the sentence to a sentence of preventive detention, so, however, that the total term of the sentence when so commuted shall not exceed the term of penal servitude originally awarded.

Detention in prison of persons undergoing preventive detention.

13.—(1) The sentence of preventive detention shall take effect immediately on the determination of the sentence of penal servitude, whether that sentence is determined by effluxion of time or by order of the Secretary of State at such earlier date as the Secretary of State, having regard to the circumstances of the case and in particular to the time at which the convict, if sentenced to penal servitude alone, would ordinarily have been licensed to be at large, may direct.

(2) Persons undergoing preventive detention shall be confined in any prison or part of a prison which the Secretary of State may set apart for the purpose, and shall (save as otherwise provided by this Act) be subject to the law for the time being in force with respect to penal servitude as if they were undergoing penal servitude:

Provided that the rules applicable to convicts and convict prisons shall apply to persons undergoing preventive detention, and to the prisons or parts of prisons in which they are detained, subject to such modifications in the direction of a less rigorous treatment as the Secretary os State may prescirbe by prison rules within the meaning of the Prison Act, 1898.

(3) Persons undergoing preventive detention shall be subjected to such disciplinary and reformative influences, and shall be employed on such work as may be best fitted to make them able and willing to earn an honest livelihood on discharge.

(4) The Secretary of State shall appoint for every such prison or part of a prison so set apart a board of visitors, of whom not less than two shall be justices of the peace, with such powers and duties as he may prescribe by such prison rules as aforesaid.

Power to discharge on licence.

14.—(1) The Secretary of State shall, once at least in every three years during which a person is detained in custody under a sentence of preventive detention, take into consideration the condition, history, and circumstances of that person with a view to determining whether he shall be placed out on licence, and, if so, on what conditions.

(2) The Secretary of State may at any time discharge on licence a person undergoing preventive detention if satisfied that there is a reasonable probability that he will abstain from crime and lead a useful and industrious life or that he is no longer capable of engaging in crime, or that for any other reason it is desirable to release him from confinement in prison.

(3) A person so discharged on licence may be discharged on probation, and on condition that he be placed under the supervision or authority of any society or person named in the licence who may be willing to take charge of the case, or on such other conditions as may be specified in the licence.

(4) The Directors of Convict Prisons shall report periodically to the Secretary of State on the conduct and industry of persons undergoing preventive detention, and their prospects and probable behaviour on release, and for this purpose shall be assisted by a committee at each prison in which such persons are detained, consisting of such members of the board of visitors and such other persons of either sex as the Secretary of State may form time to time appoint.

(5) Every such committee shall hold meetings, at such intervals of not more than six months as may be prescribed, for the purpose of personally interviewing persons undergoing preventive detention in the prison and preparing reports embodying such information respecting them as may be necessary for the assistance of the Directors, and may at any other times hold such other meetings, and make such special reports respecting particular cases, as they may think necessary.

(6) A licence under this section may be in such form and may contain such conditions as may be prescribed by the Secretary of State.

(7) The provisions relating to licences to be at large granted to persons undergoing penal servitude shall not apply to persons undergoing preventive detention.

Provisions as to persons placed out on licence.

15.—(1) The society or person under whose supervision or authority a person is so placed shall periodically, in accordance with regulations made by the Secretary of State, report to the Secretary of State on the conduct and circumstances of that person.

(2) A licence under this Part of this Act may be revoked at any time by the Secretary of State, and where a licence has been revoked, the person to whom the licence related shall return to the prison, and, if he fails to do so, may be apprehended without warrant and taken to prison.

(3) If a person absent from prison under such a licence escapes from the supervision of the society or person in whose charge he is placed, or commits any breach of the conditions contained in the licence, he shall be considered thereby to have forfeited the licence, and shall be taken back to prison.

(4) A court of summary jurisdiction for the place where the prison from which a person has been discharged on licence is situate, or where such a person is found, may, on information on oath that the licence has been forfeited under this section, issue a warrant for his apprehension, and he shall, on apprehension, be brought before a court of summary jurisdiction, which, if satisfied that the licence has been forfeited, shall order him to be remitted to preventive detention, and may commit him to any prison within the jurisdiction of the court until he can conveniently be removed to a prison or part of a prison set apart for the purpose of the confinement of persons undergoing preventive detention.

(5) The time during which a person is absent from prison under such a licence shall be treated as part of the term of preventive detention:

Provided that, where such person has failed to return on the licence being forfeited or revoked, the time which elapses after his failure so to return shall be excluded in computing the unexpired residue of the term of preventive detention.

Power to discharge absolutely.

16. Without prejudice to any other powers of discharge, the Secretary of State may at any time discharge absolutely any person discharged conditionally on licence under this Part of this Act, and shall so discharge him at the expiration of five years from the time when he was first discharged on licence if satisfied that he has been observing the conditions of his licence and abstaining from crime.

PART III.

GENERAL.

Application to Scotland.

17.—(1) Part I. of this Act shall apply to Scotland (with the substitution of an institution under any name prescribed by the Secretary for Scotland for a Borstal Institution) on and after such date as may be determined by the Secretary for Scotland by order issued under his hand and seal and published in the Edinburgh Gazette, which order shall indicate the date on and after which such an institution will be established in Scotland.

(2) In the application to Scotland of the provisions of this Act, other than those relating to the removal of persons from one part of the United Kingdom to another, „Secretary for Scotland" shall be substituted for „Secretary of State," „Prison Commissioners for Scotland" for „Prison Commissioners" and „Directors of Convict Prisons," „the Prisons (Scotland) Acts, 1860 to 1904" for „the Prisons Acts, 1865 to 1898," „the Prisons (Scotland) Act, 1877," for „the Prison Act, 1898," and „the sheriff" for „a court of summary jurisdiction," and the expression „crime," used in reference to previous convictions, means a crime of which a person has been convicted on indictment.

(3) Subsection (4) of section ten shall not apply to Scotland, and in lieu thereof the following subsection shall be substituted :—

„In the proceedings under an indictment in pursuance of this section, where at the first diet the accused has pleaded not guilty, at the second diet, unless the accused then pleads guilty the jury shall in the first instance be sworn, and the accused shall then be trieb on so much only of the indictment as charges the said crime. and, if he is found guilty, the same jury shall, unless the accused admits that he is a habitual criminal, be re-sworn to inquire whether he is a habitual criminal. Where at the first diet the accused pleads guilty of the crime, but denies that he is a babitual criminal, he plea shall be recorded, and at the second diet, unless the accused admits that he is a babitual criminal, the jury shall be sworn to inquire whether he is a habitual criminal":

Provided that where a person is indicted under this section the provisions of section thirty-one of the Criminal Procedure (Scotland) Act, 1887, shall not apply unless the accused intimates his intention to plead guilty of the crime in terms of that section and to admit that he is a habitual criminal, and where the accused intimates his intention as aforesaid the sheriff shall remit him to the High Court of Justiciary for sentence.

(4) Subsection (6) of section ten shall not apply to Scotland.

(5) Section eleven shall not apply to Scotland and in lieu thereof the following provision shall be substituted :—

„A person sentenced in Scotland to preventive detention may appeal against the sentence to a Court of Appeal which shall consist of not less than three judges ost he High Court of Justiciary, and the High Court shall have power from time to time to pass Acts of Adjournal regulating the procedure in such appeals. Every such Act of Adjournal shall, as soon as may be, be laid before both Houses of Parliament."

Application to Ireland.

18. In the application to Ireland of the provisions of this Act, the following modifications shall be made :—

(a) References to the Lord Lieutenant shall be substituted for references to the Secretary of State, except in the provision relating to the removal of persons from one part of the United Kingdom to another; and in the provisions relating to regulations under Part I. and to prison rules under Part II. of this Act;

(b) The regulations to be made under Part I. and the prison rules to be made under Part II. of this Act shall be made by the General Prisons

Board for Ireland subject to the approval of the Lord Lieutenant and Privy Council, and the provisions of section fiftyseven of the General Prisons (Ireland) Act, 1877, shall apply to the said rules;

(c) References to the General Prisons Board for Ireland shall be substituted for references to the Prison Commissioners and Directors of Convict Prisons;

(d) References to the Prisons (Ireland) Acts, 1826 to 1907, shall be substituted for references to the Prisons Acts, 1865 to 1898;

(e) A reference to the Attorney-General for Ireland shall be substituted for the reference to the Director of Public Prosecutions:

(f) The provision relating to appeals to the Court of Criminal Appeal shall not apply, but where any person charged in an indictment with being a habitual criminal is found by a jury under this Act to be a habitual criminal, the provisions of the Crown Cases Act, 1848, as amended by any subsequent enactment, shall, with the necessary modifications, apply in like manner as if the proceedings upon such charge were a trial for an offence to which section one of that Act applies and as if the person had been convicted of such an offence.

Short title and commencement.

19.—(1) This Act may be cited as the Prevention of Crime Act, 1908.

(2) This Act shall come into operation on the first day of August one thousand nine hundred and nine.

Berichtigung! In Heft 5/6 des 56. Bandes vom „Archiv“ ist auf S. 273 nach Zeile 4 von unten eine Zeile ausgefallen, welche lautet

„Kugel B getroffen wird. Dort ein Wirken des Körpers A auf den“ dafür hat Zeile 2 von unten wegzufallen.

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

Die Stadt Cöln und die Carolina.

Von Josef Kohler.

Bei einem erneuten Aufenthalt in Cöln bekam ich im Archiv das Aktenstück zur Hand, worin sich die Reichstagsabgeordneten von Cöln über ihre Tätigkeit bei Abfassung der Carolina aussprechen. Die Persönlichkeiten, welche hier als Vertreter Cölns tätig waren, sind:

1. Arnold von Siegen, damals Bürgermeister von Cöln. Er war es vom Jahre 1529 ab und wurde bis zum Jahre 1562 alle drei Jahre zum Bürgermeister gewählt, denn immer erst nach einer zweijährigen Pause konnte eine Wiederwahl stattfinden. Er spielte namentlich in den Reformations-Streitigkeiten eine große Rolle und war auch schon im Jahre 1526 auf dem Reichstage zu Speyer Vertreter Cölns gewesen. Ja, er nahm an einer Gesandtschaft an Karl V. in Spanien teil und vertrat Cöln auch auf dem Reichstage zu Worms von 1545. Bei ihm wohnten Kaiser und Könige; so hören wir noch aus dem Jahre 1570, daß Maximilian's II. Tochter in seinem Hause weilte. Nach 1562 wurde er nicht wiedergewählt; wir erfahren, daß er sich wegen der Hinneigung des Cölner Rats zur neuen Lehre von den Ratsgeschäften abwandte.

2. Johann von Reidt war vom Jahre 1522—31 alle drei Jahre Bürgermeister. In Augsburg 1530 vertrat er Cöln als Ratsrichter.[1])

Das Schreiben, um das es sich handelt, ist vom 11. Juni (Samstag nach Pfingsten) 1530 datiert. Es war von Augsburg aus an den Rat Cöln geschickt worden und wurde in Cöln am 21. Juni präsentiert. (Cölner historisches Stadtarchiv, Abt. Reich, Fasc. Augsburger Reichstagsbericht 1530.)

Zum Verständnis des Schreibens ist zu bemerken, daß der Reichstag, wie schon aus meiner früheren Darstellung hervorgeht (Archiv für Strafrecht, Bd. 56, S. 16), auf den 8. April ausgeschrieben war. Der Kaiser, der von Italien kam, und dort mit dem Papste verhandelt hatte, wurde verschiedenfach, so namentlich noch in Innsbruck aufgehalten und erschien erst am 15. Juni. Die Religionskämpfe in Deutschland, namentlich die Frage über die Berufung eines Conzils, welches über die religiösen Streitpunkte entscheiden sollte, beschäftigten ihn lebhaft.[2]) Unterdessen war man in Augsburg ungeduldig und hatte an ihn einen Boten geschickt, worauf er sich wegen der Verzögerung entschuldigte und dem Reichstag anheimgab, zuerst in seiner Abwesenheit die Halsgerichts-Ordnung und Münz-Ordnung durchzuberaten, die Artikel des Glaubens aber bis zu seiner Ankunft unerörtert zu lassen.

---

[1]) Vergleiche über alles dieses: Ennen, Geschichte der Stadt Cöln, IV, S. 207, 239, 481, 839; Keussen in den Annalen des historischen Vereins für den Niederrhein, 84, S. 71; 85, S. 100.

[2]) Vgl. Pastor, Geschichte der Päpste IV^2 S. 406 f.

Das Weitere ergibt sich aus dem Schreiben selbst, das ich, so weit es hierher gehört, mitteile; wobei ich noch bemerke, daß es sich in dem Fascikel in Concept und in Reinschrift findet. Beide stimmen nicht vollkommen überein; die erheblichen Abweichungen des Concepts sind in den Anmerkungen wiedergegeben.

Aber nichtsdestoweniger, uff das gemelte stende des reichs solche schwere untregliche[1]) costen nit vergebens uffwendent unnd alle sachen dester schleuniger zu gluckseligem ende (got gebe) gericht unnd gefurdert mochten werden, were irer M(ajestä)t genedigs ansynnen und begeren, churfursten, fursten und andere stende wolten die zween artickell im ausschreiben verleibt, nemlich die halßgerichts unnd muntzordnungen, so durch irer M(ajestä)t regiment im reich beratschlagt, fur die hand nemen und in mitler zeitt irer M(ajestä)t abwesenn dieselben ordnungen beratschlagen[2]) unnd handln biß zu irer M(ajestä)t ankunfft. Aber den artickell den glauben betreff(end) so lang beruwen lassen.[3]) Sollich kaiserlicher M(ajestä)t entschuldigung und begeren angesehen, haben churfursten, fursten und stende kay. M(ajestä)t gehorsam zu leisten furgenomen unnd einen trefflichen[4]) ausschus am 3ten tage junii zu gemelten sachen verordent, die[5]) ungeverlich ein mall oder vier[6]) vor data beyeinander versamlet gewest und die sache zuberatschlagen angefangen, unnd seind des furnemens, on underlaß die sache tage fur tage zufurderen und zuberatschlagen, damit sollichs geendiget und anders fur die hand genomen werde.[7]) Etliche der reichsstede gesandten botschafften, so des halßgerichts[8]) ordnung ire heren in schrifften nit gehabt, haben derselben abschrifft zuruck gesandt an ire herrn und freundt, neben iren gelerten zuberatslagen wissen, ob inen solche ordnung antzunemen und den kaiserlichen, auch iren ordnungen und gepreuchen gemeß gesetzt sei oder nit, sich mit der inverwilligung darnach habenn zurichten.[9]) Nu weren wir auch woll gemeynt E. g. des vorther copei zuzusenden. Bedencken wir bei uns, das solhe ordnung, so wir under handen haben,[10]) ein zeitt lang hinder E. g. gewest und mit iren gelerten ungezweiffelt genugsam der notturfft nach ubersehen, zweiffelt uns auch nit, wie etwas darinne befunden dem rechten unnd E. g. gesetzenn unnd altherkomen zuwider und[11]) ungemeß, solt durch E. g. und derselben gelerten unangezeigt nit plieben sein, achten darumb on not zu sein, solhe ordnung zuzuschickenn[12]) unnd ob schon den gelerten solchs zuberatschlagen zugestalt wurde, gehet es mit weilen etwan[13]) langsam von der hand, besorgen wir, solcher ratschlag wurde umb kurtz willen der zeitt und ferre des wegs zu spat ankommen, dhweill man des ernstlichen furnemens ist, den sachen furderlich endt zugeben, dan die notturfft erforderst[14]) gelegenheit der Zeitt und zerung halben. — — — —

Die bereits früher als sicher bezeichnete Tätigkeit der Stadt Cöln bei der Abfassung der Carolina wird hier deutlich beleuchtet, zugleich auch die entscheidende Bedeutung der Cölner Handschrift mit ihren Korrekturen und Zusätzen außer allem Zweifel gesetzt. Es ist nun ganz sicher:

Die Cölner Stadtgesandten hatten eine Abschrift des Carolinaent-

---

1) Fehlt im Concept.
2) Concept: statt dieselben ordnungen . . . . . heißt es „mit ernstlichem vleis ratschlagen".
3) Concept: statt betreffend . . . . heißt es „betreffe(nd) in ruwe zu stellen".
4) Concept: dapfferen.
5) Concept hat das „vor data" hier.
6) Concept drej.
7) Copie: statt furnemens . . . . heißt es: „furnemens sich tage fur tag einen artikell nach dem andern in der halssgerichts ordnung on underlass nach form der recht zu beratschlagen unnd zu setzen.
8) halssgerichts fehlt im Concept.
9) Dieser Satz ist im Concept etwas anders gewendet.
10) Concept: so wir bey uns haben.
11) Im Concept fehlt: zuwider und —.
12) Im Concept fehlt: achten darumb . . .
13) Concept: etlichmassen.
14) Concept: gibt.



wurfes, und dieser war in der Stadt Cöln schon Gegenstand der Beratung gewesen, was nicht bei allen Reichsständen der Fall war. Man glaubte darum, eine Übersendung der Handschrift an den Rat der Stadt Cöln unterlassen zu können, da der Rat ja bereits die Sache genügend durchgearbeitet und seine Zustimmung stillschweigend geäußert habe. Offenbar schien damals die Sache zu drängen und offenbar erhoffte man einen baldigen Schluß des verhängnisvollen Reichstages. Daß schließlich, als sich der Reichstag in die Länge zog, die Reichstagsgesandten den korrigierten Entwurf doch noch an den Rat Cöln's übersandten und mit Bestätigung zurückerhielten, ist aus den Cölner Akten bereits früher dargetan worden (Archiv für Strafrecht, Band 56, S. 13 f.).

Wie Cöln in anderen Dingen, so steht es auch hier an erster Stelle und seine Handschrift steht weit über derjenigen des Erzkanzlers von Mainz, aus welcher seinerzeit der Druck der Princeps hergestellt wurde. Wer auch jetzt noch an der Bedeutung der Cölner Handschrift zweifelt, der mag es tun; er gibt aber damit nur kund, daß er völlig unhistorisch ist.

Fahrlässige Freiheitsberaubung.

Eine Lücke des Strafgesetzbuchs.

Von Josef Kohler.

Vor über 5 Jahren schrieb ich in der Modernen Rundschau (V. Heft, März 1905, S. 97 u. f.) einen kleinen Artikel über eine bedauernswerte Lücke unseres Strafgesetzbuches. Ich sagte damals folgendes:

„Es sind Fälle vorgekommen, wo jemand auf irrenärztliches Gutachten hin einer Irrenanstalt zwangsweise überantwortet wurde und das Gutachten sich nachträglich als unrichtig herausgestellt hat. Ein solcher Umstand hat an sich noch keinen strafrechtlichen Bezug, denn Irrtum ist ja aller Menschen Los; namentlich bei diesen schwierigen Fragen, wo auf der einen Seite die Freiheit des Menschen, auf der anderen Seite das Heil und Wohl der Gesellschaft auf dem Spiele steht, hat der Arzt eine außerordentlich dornenvolle Aufgabe zu erfüllen; und wenn er sich irrt, muß man ihm ebenso Gnade schenken, wie einem irrenden Richter. Umsomehr aber muß die Anforderung gestellt werden, daß solche Gutachten mit vollster Prüfung der Sachlage, nach eingehender Erkundigung und unter sachverständiger Erwägung aller Gründe dafür und dawider gegeben werden."

„Wie nun aber, wenn eine solche Pflicht nicht erfüllt wird, sondern der Arzt ohne die nötige Kritik oder gar ohne Prüfung der individuellen Sachlage entschieden und die Person dem Irrenhause überantwortet hat? Man starrt ob der ungeheuren Verantwortung, die es auf sich hat, das Lebensglück einer Person nicht auf Tage, sondern auf Wochen, Monate, Jahre hinaus zu untergraben, so daß die Persönlichkeit, die im blühendsten Leben stand, auf einmal den höchsten Schmerz zu erfahren hat, der den Menschen bedrücken kann, nämlich die Beraubung der individuellen Freiheit; wozu noch möglicherweise das Zusammensein mit wirklich Kranken und all die furchtbare Seelenpein kommt, die ein derartiges Herausstoßen aus der Welt der Vernünftigen mit sich bringt. Der Laie wird es als natürlich und selbstverständlich erachten, daß der Arzt in

solchen Fällen für etwaige Fahrlässigkeit vollständig einstehen muß. Wie man verantwortlich ist für fahrlässige Körperverletzung, so ist auch eine Verantwortung für derartige furchtbare seelische Eingriffe unter allen Umständen angezeigt, sie ist geboten durch unsere Kulturordnung und durch die Schätzung der Kulturgüter, da wir auf die Freiheit und auf alle Segnungen der Freiheit den allergrößten Wert legen, so sehr, daß wir gerade die Freiheitsentziehung als die Strafe für Vergehen, als die Sühne für Verbrechen schwerster Art ansehen und in ihr ein ungeheures Leid erblicken."

„Derartige Fahrlässigkeiten können beispielsweise in der Art vorkommen, daß der Arzt sich lediglich auf die Aussage einer oder der anderen Persönlichkeit verläßt, ohne das Opfer, um das es sich handelt, selber zu prüfen und sich soweit von dem Seelenzustande zu überzeugen, als dies durch persönliche Beobachtung möglich ist. Eine persönliche Beobachtung, ein seelischer Verkehr mit der irrenärztlich zu behandelnden Person ist unbedingt erforderlich, mindestens dann, wenn es sich nicht bloß um eine vorläufige, alsbaldiger Nachprüfung zu unterwerfende Verfügung, sondern um eine wirkliche Entziehung der Freiheit handelt. Auch darin muß der Arzt höchst vorsichtig sein, daß er die Leute, welche als Zeugen geistesgestörten Tuns auftreten, selbst auf ihre Wahrheitsliebe prüft und daß er, wo irgend tunlich, nicht auf eine Aussage alles baut, sondern, wenn irgend möglich, andere Leute befragt, die in der Lage sind, über das Verhalten der ärztlich zu behandelnden Person Auskunft zu erteilen. Was würde man von dem Arzt sagen, der eine wenn auch nur leichte Operation vornehmen wollte, ohne selber den Kranken untersucht zu haben? Hier aber handelt es sich um Dinge, die oft noch verhängnisvoller sind als ein körperlicher Eingriff, und es handelt sich um Fälle, wo die persönliche Beobachtung und der persönliche Verkehr ein wenn auch nicht immer durchschlagendes, so doch bedeutungsvolles Material für die Beurteilung des Kranken bieten muß. Gleichwohl läßt uns unsere Gesetzgebung hier im Stich. Wir haben zwar die Möglichkeit, in solchem Falle gegen den Arzt wegen fahrlässiger Freiheitsberaubung auf zivilrechtlichem Wege vorzugehen nach Maßgabe des § 823 und 847 BGB., in der Art, daß man in solchem Falle von dem Arzt Entschädigung für erlittenen Vermögensschaden verlangen kann, ja noch mehr, daß man für die erlittene Seelenpein eine billige Genugtuung in Geld begehren darf, also dasjenige, was man in Frankreich Ersatz für „dommage moral" oder in England „exemplary damages" nennt. Dagegen bleibt unser Strafgesetzbuch hier stumm. Es kennt eine Strafe für vorsätzliche Freiheitsberaubung in § 239; an fahrlässige Freiheitsberaubung denkt es hierbei nicht. Und doch, wie leicht kann der Fall auch außerhalb dieser psychiatrischen Praxis vorkommen! Nur bei fahrlässiger Vollstreckung von Freiheitsstrafen gibt der § 345 StGB. eine Aushilfe."

„Daß dieser Mangel des Strafgesetzbuchs gerechte Bedenken erregt, versteht sich von selbst. Uns ist es unbegreiflich, daß man vor 34 Jahren über ein solches Gut, wie die Freiheit, in so wenig sorgfältiger Weise hinweggegangen ist. Offenbar hat man an solche Fälle der fahrlässigen Freiheitsberaubung garnicht gedacht, es fehlte damals die geschichtliche Grundlage hierfür."

Dieser Artikel hat, wie es scheint, keine große Verbreitung gefunden, jedenfalls wenig Eindruck gemacht, denn weder der deutsche noch der österreichische Entwurf sind darauf eingegangen. Der deutsche Entwurf

des Strafgesetzes bestraft in § 239 nur die vorsätzliche Einsperrung und Freiheitsberaubung, und die Motive sagen dazu folgendes (S. 671): „Ebensowenig ist die Schaffung einer Strafbestimmung gegen die fahrlässige Freiheitsberaubung, von der Sonderbestrafung als Vergehen im Amte im § 202 Abs. 2 des 15. Abschnitts (StGB. §§ 345,346) abgesehen. nach den Bedürfnissen des Lebens erforderlich."

Auch der österreichische Entwurf spricht nicht von der fahrlässigen Freiheitsberaubung und beschränkt damit (gemäß § 7, wonach im Zweifel nur vorsätzliche Handlungen strafbar sind) die Bestrafung auf die vorsätzliche Handlung. Vgl. jetzt auch Erläuternde Bemerkungen S. 275.

Dem ist nicht beizustimmen. Ich muß bemerken, daß die Fälle praktisch durchaus nicht so selten sind; und die Folgen einer Einsperrung in ein Irrenhaus ohne entsprechende Nachprüfung und ohne Erforschung der Umstände, welche zu einer so schweren, das Glück einer Persönlichkeit völlig untergrabenden Behandlung führen können, sind so furchtbar, daß es als vollkommen unzulässig betrachtet werden muß, dem Gut der Freiheit in dieser Beziehung den Strafschutz zu entziehen. Wenn man in einem Falle die fahrlässige Freiheitsberaubung bestrafen will, nämlich im § 202 des Entwurfs, wo es sich um widerrechtliche Vollstreckung einer Freiheitsstrafe handelt, so glaube ich, daß in unserem Falle bei der Einsperrung in ein Irrenhaus die Bestrafung dreifach angezeigt ist; denn der als irrsinnig Eingesperrte ist in einer viel hilfloseren Lage, als der Strafgefangene, da alle seine Einwendungen und Reklamationen, Berichte, Anträge unter dem Makel des Irrsinns stehen und an sich schon einen höchst geminderten Eindruck machen oder ganz eindrucklos bleiben; noch mehr: vielfach wird, wer sich auf solche Weise sträubt, gerade recht den Anschein erwecken, daß es in seinem Innern schlimm aussieht, und die Annahme, daß eben der Irrsinnige sich gegen seine Behandlung auflehnt, weil er sich als gesund wähnt und seine Krankheit nicht erkennt, wird alle seine Bestrebungen zunichte machen. Hierzu kommt, daß die Beaufsichtigung der Irrenansalten, namentlich auch der privaten, durchaus nicht so sicher wirkt, wie die der Strafanstalten. Daher ist in solchen Fällen der Eingesperrte dreisach hilflos und dem Schlimmsten preisgegeben, wenn nicht von außen her jemand kräftig für ihn eintritt; was durchaus nicht jedermanns Sache ist und von den Leuten um so mehr vermieden wird, als man ihnen sofort ihre Unkenntnis und Unerfahrenheit in psychiatrischen Angelegenheiten entgegenhalten wird, — auch mit einem gewissen Recht, da es für den Nichtpsychiater schwer ist, in diesen Dingen klar zu sehen.

Auf solche Weise ist die Lücke sehr bedauerlich, und es ist dringend wünschenswert, daß Abhilfe erfolge. Wir haben in dieser Beziehung den Vorgang des norwegischen und holländischen Strafgesetzes.[1])

Das holländische Strafgesetzbuch besagt in Artikel 283 folgendes:

> Hij aan wiens schuld te wijten is dat jemand wederrechtelijk van de vrijheid beroofd wordt of beroofd blijft, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.
>
> Indien het feit zwaar lichamelijk letsel tengevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met hechtenis van ten hoogste negen maanden.

[1]) Vergl. auch Rosenfeld in der Vergleichenden Darstellung des Strafrechts, Besond. Teil V, S. 472, 488, 495.



Indien het feit den dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met hechtenis van ten hoogstens een jaar.

Also:

„Wem es zur Schuld anzurechnen ist, daß jemand widerrechtlich der Freiheit beraubt wird oder beraubt bleibt, der wird mit Haft von höchstens drei Monaten oder mit Geldstrafe von höchstens 300 Gulden bestraft."

„Hat die Tat eine schwere Körperverletzung zur Folge, so wird der Schuldige mit Haft von höchstens 9 Monaten bestraft."

„Hat die Tat den Tod zur Folge, so wird der Schuldige mit Haft von höchstens 1 Jahr bestraft."

Weniger zutreffend ist die Fassung des norwegischen Strafgesetzbuches, welches in § 226 (Übersetzung in der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher XX in den Mitteilungen der internationalen Kriminalistischen Vereinigung Band XII, S. 45) besagt:

„Mit Geldstrafe oder mit Haft oder Gefängnis bis zu drei Monaten wird bestraft, wer sich einer Freiheitsberaubung schuldig macht, die er ohne triftigen Grund für gesetzmäßig ansieht, oder wer in den Fällen, wo vorläufige Festnahme gesetzlich stattfinden kann, eine solche unter Vernachlässigung der im Gesetz vorgeschriebenen Verfahrensart vornimmt, oder wer zu einem solchen Verbrechen mitwirkt."

Ich würde es für dringend erforderlich halten, dem § 239 einen Zusatz zu geben:

„Erfolgt die Freiheitsberaubung aus Fahrlässigkeit, so tritt Haft bis zu vier Wochen oder Geldstrafe bis zu 1000 Mark ein. In besonders schweren Fällen kann die Strafe auf sechs Wochen Haft oder 2000 Mark erhöht werden; ebenso dann, wenn der Täter wegen Amts oder Berufs zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet war."

„Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip".

Bemerkungen zur Reform des Strafrechts und Strafprozeßrechts.

Von Prof. Dr. **Höpfner** in Göttingen.

In Nr. 17 des 14. Jahrgangs der Deutschen Juristenzeitung hat Birkmeyer das Legalitätsprinzip und die vom Entwurfe zur StPO. vorgeschlagenen Durchbrechungen desselben besprochen. Seine Ausführungen gipfelten in dem Ergebnis, daß das Legalitätsprinzip streng durchzuführen sei, ohne irgendwelche Konzession an das sog. Opportunitätsprinzip, jedenfalls aber die beabsichtigten „Durchbrechungen des absoluten Verfolgungszwangs" samt und sonders so tief in das materielle Strafrecht eingreifen, daß sie notwendig bis nach Durchführung der Reform des StGB. zurückzustellen seien.

Ich bin im Gegensatz zu Birkmeyer ein Anhänger von solchen „Durchbrechungen", aber ich stimme mit Birkmeyer darin überein, daß die Regelung derselben bis zur Reform des materiellen Strafrechts und der dann in jedem Falle nötigen Revision der neuen StPO. zurückzustellen ist, und möchte diese Zurückstellung hier noch einmal nachdrücklich befürworten.

Warum? Weil ich das Problem, um das es sich handelt, für noch nicht hinreichend geklärt halte.

I. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich, glaube ich, ohne weiteres, wenn man das Problem, wie es wirklich liegt, vergleicht mit dem Problem, wie es uns in der bisher üblichen Behandlung sich darstellt.

Wir sind gewohnt die Frage, ob Leg.-Pr. oder Opp.-Pr. gelten solle, als eine Frage des Prozeßrechts behandelt zu sehen, als eine die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft betreffende Frage. Daher die Regelung im Entwurf zur StrPO. und zwar (wenigstens die Mehrzahl der betreffenden Vorschläge) bei der Materie „öffentliche Klage". Daher durfte Birkmeyer es für notwendig ansehen, darzulegen, daß die betreffenden Vorschläge tief in das materielle Strafrecht eingreifen. Zwar ist dies vorurteilsfreien Beurteilern schon früher nicht verborgen geblieben; ich verweise z. B. auf die Verhandlungen der Strafgesetzkommission (1903/5) und des 29. Juristentags (1908)[1]); aber es ist doch auch auf letzterem ausdrücklich behauptet worden, die Frage, ob die Staatsanwaltschaft zum Einschreiten *verpflichtet* sei, sei eine prozessuale Frage[2]) und der gleichen Anschauung huldigte offenbar die *Mehrheit* der Strafprozeßkommission, wenn sie sich dahin aussprach, man müsse durch prozessuale Vorschriften der Häufung der Strafprozesse vorbeugen, und das könne nur durch eine Änderung des § 152 StPO. geschehen. Diese Auffassung aber, wonach es sich bei Legalität oder Opportunität in der Hauptsache um eine, höchstens das materielle Recht mit berührende, prozessuale Frage handelt, ist grundfalsch; es handelt sich vielmehr *in erster Linie* um eine Frage des *materiellen* Strafrechts und zwar um eine *wichtige Prinzipienfrage*.

Diese Frage aber ist: soll die Strafe, als rechts*notwendige* Folge des Verbrechens angedroht werden, oder empfiehlt es sich, die Strafe nur als *mögliche* Folge des Verbrechens anzudrohen? Soll, so könnte man die Frage auch kurz formulieren, die bisher übliche *obligatorische* Strafdrohung durch *fakultative* Strafdrohung ersetzt werden? Daß diese Frage keine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche ist, liegt auf der Hand. Daß diese Frage aber gestellt wird, wenn man fragt, ob das Opp.-Pr. eingeführt oder das Legalitätsprinzip durchbrochen werden soll, ist leicht zu zeigen. Um eine obligatorische Strafdrohung in eine fakultative umzuwandeln, ist es nicht nötig, im Strafgesetz die Worte „wird bestraft" durch die Worte „kann bestraft werden" zu ersetzen;[3]) vielmehr kann es geschehen und *geschieht notwendig*, sobald in dem Prozeßgesetz bestimmt wird, daß die Staatsanwaltschaft die Anklage wegen Übertretung eines Strafgesetzes nicht erheben müsse,

---

1) Protokolle der Kommission 1, 136; 2, 40; Verhandlungen des Juristentags 466, 472 (Antrag Graf Gleispach - Feisenberger N. 4), 489 (Köhler). Richtig auch v. Kries, Lehrbuch des Strafprozesses S. 267 und Schmidt-Ernsthausen bei Aschrott, Reform des Strafprozesses S. 193f.

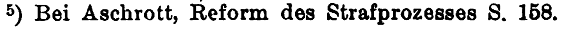
2) Auf dem Juristentag von 1908 von Freudenthal. (Vgl. S. 499.) Eine Vorschrift dieses Inhalts ist selbstverständlich eine prozessuale Vorschrift; es handelt sich aber darum, ob und inwieweit die für sie maßgebenden Erwägungen auf prozessualem Gebiet liegen oder auf materiellrechtlichem.

3) Vor dem letzteren Ausdruck würde die im Preußischen Landrecht vorkommende Wendung „hat die und die Strafe zu gewärtigen" m. E. den Vorzug verdienen. — Um Mißverständnissen vorzubeugen: als fakultative bezeichne ich in Ermangelung eines besseren Ausdrucks die Strafandrohung, wenn die Strafe nur als mögliche Folge des Verbrechens erscheint, weil ihr Eintritt von einem ungewissen Willen abhängig gemacht wird.

sondern nur könne, oder daß die Verfolgung der Privatklage überlassen bleibe. Denn da ohne Verfolgung keine Strafe stattfindet, so ist die Strafe notwendige[4]) Folge des Verbrechens nur dann, wenn die Verfolgung notwendig eintritt; die Verfolgung tritt aber nicht notwendig, sondern nur möglicherweise ein, wenn die Staatsanwaltschaft nicht unbedingt zu verfolgen verpflichtet ist, oder gar grundsätzlich die Verfolgung der Privatklage überlassen bleibt. Jede Durchbrechung des Leg.-Pr. bedeutet also innerhalb bestimmter Grenzen eine Umwandlung der im StGB. ausgesprochenen obligatorischen Strafdrohung in eine fakultative. Wenn z. B. § 154 des Entwurfs II zur StrPO. sagt, daß die Staatsanwaltschaft die Erhebung der Klage unterlassen kann, wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe, die der Verdächtige wegen einer anderen Tat zu verbüßen hat, nicht ins Gewicht fällt, so sind damit alle Strafdrohungen in fakultative umgewandelt, nicht schlechthin, wohl aber für den Fall, daß die gedachte Voraussetzung gegeben ist. Und wenn nach § 153 bei Übertretungen (etc.) die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der Klage absehen kann, so ist damit bei den Übertretungen die obligatorische Drohung der Strafgesetze in eine fakultative schlechthin umgewandelt. Ein Unterschied waltet zwischen den Beispielsfällen insofern ob, als im Fall des § 154 das gesetzgeberische Motiv die Verhütung der unnütze Mühe und Kosten machenden Verfolgung ist, im Falle des § 153 die Verhütung zweckloser oder schädlicher Strafen. Die Tatsache der Umwandlung der obligatorischen Strafdrohung in eine fakultative besteht bei dem ersten Motiv nicht minder als bei dem letzteren. Wenn nun also jede Durchbrechung des Leg.-Pr. die Umwandlung obligatorischer Strafdrohung in fakultative bedeutet, so bedeutet die Frage, ob man das Prinzip durchbrechen solle (ohne daß damit ihr Inhalt erschöpft wird) auch die: soll man an Stelle obligatorischer Strafdrohungen fakultative treten lassen?

An diesem Ergebnis ist in keiner Weise vorbeizukommen. Es führt zu nichts, die Frage nach der absoluten Strafpflicht des Staats aufzuwerfen und zu verneinen. Mit einer von vornherein fakultativ formulierten Strafdrohung verpflichtet sich der Staat selbstverständlich nicht zur unbedingten Bestrafung und daher Verfolgung; mit einer obligatorisch formulierten aber versetzt er sich in die Notwendigkeit, die unbedingte Verfolgung vorzuschreiben, wenn er es nicht geschehen lassen will, daß die obligatorisch ausgesprochene sich ihm durch Nichtbegründung einer behördlichen Verfolgungspflicht in eine fakultative verwandelt. Eine weitere Möglichkeit, die Strafe anzudrohen, wie als notwendig oder als möglich, gibt es aber nicht. Wenn Mittermaier[5]) meint, das Strafgesetz sage nur „der und der Tat entspricht die und die Strafe“, so umschreibt er damit entweder die obligatorische Strafdrohung durch einen anderen Ausdruck, der bloß ihr wahres Wesen zu verhüllen geeignet ist, oder er spricht dem Strafgesetz den Charakter einer Drohung überhaupt ab und setzt sich damit in Widerspruch zu der Auffassung, in der das Gesetz gegeben und allgemein verstanden wird. Kann man wirklich ernstlich die Ansicht verteidigen, § 211 StGB. bedeute nur: die Strafe des Mordes, falls er bestraft wird, ist Todesstrafe; wolle aber die Frage, ob er bestraft wird, ganz unentschieden lassen?

[4]) D. h. rechtsnotwendige; sie faktisch zur unausbleiblichen Folge des Verbrechens zu machen, steht nicht in der Macht des Gesetzgebers.



[5]) Bei Aschrott, Reform des Strafprozesses S. 158.



Ich bezeichnete die materiellrechtliche Frage, um die es sich handelt, als eine wichtige Prinzipienfrage. Das ist nicht zu viel gesagt. Die Frage, ob man die eine oder andere Methode der Bedrohung anwenden will, läßt sich als Prinzipienfrage bezeichnen, weil ihre Beantwortung den ganzen Charakter des Strafrechts und der Strafrechtspflege entscheidend beeinflussen kann und mit der Grundauffassung der Strafe (als Vergeltung, als Abschreckungsmittel) im nächsten Zusammenhang steht; man kann auch von einer Prinzipienfrage sprechen, insofern es sich zurzeit darum handelt, von der bisher mit nur wenigen Ausnahmen befolgten Regel der obligatorischen Strafdrohung jetzt auf einmal in sehr großem Umfang abzugehen. Darauf beruht auch die Wichtigkeit der Frage.

Ich sagte, daß es sich bei dem Streit um Einführung des Opp.-Pr. oder von Durchbrechungen des Leg.-Pr. um diese materiellrechtliche Frage in erster Linie handle. Das muß man deswegen sagen, weil die anderen Fragen, um die es sich noch handelt, erst auftauchen, wenn man sich dazu entschlossen hat, von fakultativen Strafdrohungen Gebrauch zu machen.

Bei obligatorischer Strafdrohung ist die Frage, ob im einzelnen Fall Strafe eintreten soll, schon durch das Gesetz bejahend entschieden; es kann also die Frage gar nicht auftauchen, wem die Entscheidung über das Eintreten von Strafe im einzelnen Falle zustehe.

Wohl aber taucht diese Frage sofort auf, wenn der Gesetzgeber sich zu fakultativer Strafdrohung entschließt, selbstverständlich gleichviel, ob er eine dementsprechende Formulierung im materiellen Strafgesetz wählt oder sich entschließt, den fakultativen Charakter in Form einer Prozeßvorschrift auszusprechen. Diese Frage ist auch eine recht wichtige, und sie muß, um eingehend gewürdigt zu werden, auch einmal ganz allgemein aufgeworfen werden. Also: Insoweit die Strafe nur zur möglichen Folge des rechtswidrigen Handelns gemacht werden soll, wem soll im einzelnen Fall die Entscheidung darüber zustehen, ob Strafe eintritt? Da vernünftigerweise nicht die Entscheidung einer beliebigen Person maßgebend sein kann,[6]) so bieten sich folgende Möglichkeiten:

Das Recht zu dieser Entscheidung wird dem Verletzten (ev. auch dem Ehemann, gesetzl. Vertreter usw.) zuerkannt; dann entsteht die Sachlage, die heutzutage bei den Antragsdelikten gegeben ist;

das Recht wird einer Staatsbehörde gegeben; in diesem Sinne entscheidet man sich z. B., wenn man für das Opportunitätsprinzip eintritt, indem man damit nicht nur sagt, die Strafe soll bloß mögliche Unrechtsfolge sein, sondern auch, daß die Entscheidung, ob diese Möglichkeit zur Wirklichkeit werden soll, der Staatsanwaltschaft zustehen soll;

das Recht, diese Frage zu entscheiden, steht dem Verletzten und einer Staatsbehörde gemeinschaftlich zu; diese Sachlage entsteht, wenn der Strafantrag des Verletzten zur Bedingung, aber nicht zur Nötigung zur Bestrafung gemacht wird, sie besteht nach geltendem Recht zufolge §§ 194, 199 StGB. bei auf der Stelle erwiderter Beleidigung. Oder endlich:

das Recht steht dem Verletzten und einer Staatsbehörde alternativ zu; so würde es z. B. liegen, wenn bei einem Nichtantragsdelikt sowohl öffentliche Klage als prinzipielle Privatklage zugelassen wird; so nach Entw. II § 377 bezüglich des § 223a StGB.

[6]) Es geht daher z. B. nicht an, daß bei fakultativer Strafdrohung subsidiäre Popularklage den Richter zur Bestrafung zwingt.



Bei dem Streit um Legalität oder Opportunität ergibt sich endlich als dritte Frage die, wie garantiert werden kann und soll, daß diejenige Stelle, die im einzelnen Falle zu entscheiden hat, ob Strafe eintritt, von dieser Ermächtigung sachgemäßen Gebrauch macht. Hierbei ist nicht zu verkennen, daß die Beantwortung der ersten (materiellrechtlichen) und dritten Frage in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, sofern nämlich die Erkenntnis, daß befriedigende Garantien für sachgemäße Handhabung dieser Ermächtigung sich nicht schaffen ließen, ein sehr schwerwiegendes Argument gegen die Verwendung fakultativer Strafandrohungen liefern würde.

II. Es ist nicht nur das Problem im ganzen bisher meist nicht klar erfaßt, sondern auch, ganz natürlich, die einzelnen Fragen sind zum Teil noch unzureichend geprüft.

1. Was zunächst die materiellrechtliche Frage betrifft, so hat man unter der Firma Gründe für und gegen Leg.-Pr. bzw. Opp.-Pr. eine ganze Menge von Gründen für und gegen fakultative Strafdrohung zusammengetragen und Vorschläge für „Durchbrechungen des Leg.-Pr.“ gemacht und erörtert. Diese Frage ist also nicht vernachlässigt. Aber spruchreif ist sie auch nicht. Es ist noch zu viel Unklarheit da. Die Vorschläge, die auf fakultative Strafdrohung hinauslaufen, bezwecken offenbar, und mit Recht, die Nichtbestrafung überall da zu bewirken, wo ein öffentliches Interesse an Bestrafung nicht besteht, oder an Nichtbestrafung besteht. Der Entwurf II hat zwar den Ausdruck „öffentliches Interesse an der Verfolgung“, der im Entwurf I in §§ 153, 154, 365 gebraucht war, an den entsprechenden Stellen gestrichen, aber daran, daß das öffentliche Interesse das ausschlaggebende sein soll, in Wahrheit nichts geändert, und es ist unvermeidlich bei der Prüfung, wann eine Verfolgung „wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint“, wieder auf das öffentliche Interesse an der Verfolgung oder vielmehr Bestrafung zurückzugehen. In § 377 Entwurf II bei den Durchberechnungen des Leg.-Pr. durch Zulassung der Privatklage ist der Ausdruck auch stehengeblieben. Wann aber besteht ein öffentliches Interesse an der Bestrafung?[7]) Diese Frage harrt nach wie vor der Beantwortung und Entw. II gibt in § 154, 155, 365 nur einige Ansätze zu ihrer Beantwortung. Die Anschauungen über das Interesse, mit dem die Gesamtheit an den Verbrechen und ihrer Bestrafung beteiligt ist, auf die sich naturgemäß die Anschauungen über die angemessenen „Durchbrechungen des Leg.-Pr.“ aufbauen, bedürfen noch der Klärung. Beweis dafür sind mir besonders auch die auf dem Juristentage von 1908 entwickelten Ideen. Eine Einschränkung des Leg.-Pr. soll nach dem dort von Feisenberger gemachten Vorschlag insoweit und nur insoweit zu verlangen sein, als das Strafgesetz nicht den Schutz der Allgemeinheit, sondern des verletzten Einzelinteresses bezweckt. Damit ist eine unmögliche Voraussetzung gemacht. Das Strafgesetz bezweckt stets, auch wo es sich auf die Verletzung der Einzelinteressen bezieht, den Schutz der Allgemeinheit; denn sein Schutz gilt nicht einzelnen Personen, sondern jedem möglichen Träger des Interesses. Maßgebend in unserer Frage kann überdies doch nur sein, ob die Bestrafung (also die Strafgesetzanwendung) den Schutz der Allgemein-

---

[7]) So ist zu fragen, nicht „was heißt öffentliches Interesse“. Der Ausdruck „öffentliches Interesse“ macht nicht die Schwierigkeiten, sondern die Frage, wann es vorliegt.



heit oder des verletzten Einzelinteresses bezweckt. Inwiefern aber das bereits verletzte Interesse durch die hinterher eintretende Strafe geschützt werden könnte, ist unerfindlich; Schutz gewährt die Bestrafung nur gegen künftige Interessenverletzungen, und nicht bloß dem diesmal Verletzten, sondern allen möglichen Trägern eines Interesses von der Art des verletzten, also der Allgemeinheit, und das soll sie auch. Bestrafen wir die gegen X. verübte Patentverletzung, so wollen wir dadurch nicht nur den X., sondern jeden Patentinhaber künftig gegen Patentverletzung schützen.

Gegen die Regelung der materiellrechtlichen Frage in diesem Augenblick spricht außer den bisherigen Gründen noch, daß es rationeller ist, den Fall des § 154 Entw. II zusammen mit der Verbrechenskonkurrenz, den des § 155 zusammen mit dem internationalen Strafrecht, den Fall des § 365 zusammen mit der strafrechtlichen Behandlung Jugendlicher, überhaupt materiellrechtliche Fragen bei der Reform des materiellen Rechts zu regeln, als nebenbei im Prozeßgesetz; daß es irrationell ist, wenn man ohne triftige Gründe den fakultativen Charakter von Strafdrohungen z. T. im Prozeßgesetz, z. T. im StGB. begründet, was sich (falls die Entwürfe Gesetz würden) ergeben würde, da der Vorentwurf zum StGB. durch seine Bestimmungen über Versuch (§ 76), besonders leichte Fälle (§ 83), Strafrechtsirrtum (§ 61) das Gebiet der fakultativen Strafdrohung weiter ausdehnt.

2. Was aber die Frage betrifft, wer entscheiden soll, ob die nur mögliche, nicht notwendige Strafe im einzelnen Fall eintritt, und zwar zunächst, inwieweit dem V e r l e t z t e n diese Entscheidung einzuräumen ist, so wird die Entscheidung für die verschiedenen Fälle der fakultativen Drohung verschieden ausfallen müssen, weil die Gründe für den fakultativen Charakter der Strafdrohung sehr verschieden sein können (z. B. Ersparung unnützer Arbeit und Kosten im Fall des § 154, Schädlichkeit der Strafe im Fall des § 365 Entw. II). Es ist die Frage daher für jeden Fall fakultativer Strafdrohung besonders zu prüfen. Das Ergebnis aber wird mit davon abhängig sein, inwieweit Genugtuung für den Verletzten als Zweck der Strafe angesehen wird, also von einer Grundfrage des Strafrechts, zu der der Gesetzgeber bei der demnächstigen Reform des Strafrechts (freilich nicht durch eine ausdrückliche Erklärung) wird Stellung nehmen müssen. Wegen dieses innigen Zusammenhanges mit einer Grundfrage des Strafrechts ist es verfehlt, das Entscheidungsrecht des Verletzten bei fakultativer Strafdrohung jetzt im Prozeßgesetz zu regeln.

Wohl zu unterscheiden ist diese Frage übrigens von der anderen, ob die Last der Verfolgung dem Verletzten aufgebürdet, d. h. er auf den Weg der Privatklage verwiesen werden kann. Die Bejahung der letzteren nötigt nicht absolut, den in der Privatklageerhebung begrifflich zum Ausdruck kommenden Wunsch des Verletzten nach Bestrafung auch als maßgebend zu behandeln; vielmehr kann das Recht gleichwohl dem Gericht die Entscheidung einräumen, ob der Täter bestraft wird oder straflos bleiben soll. Stellt sich der Gesetzgeber die Frage, inwieweit die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch Ausdehnung der Privatklage zu empfehlen sei, so liegt die Gefahr nahe, daß die Frage übersehen wird, ob der Privatklagberechtigte auch die Entscheidung über das Stattfinden von Strafe haben soll, vielmehr unbewußt bejaht wird. Ohne mit dieser Bemerkung Stellung nehmen zu wollen: die Verneinung

letzterer Frage würde vielleicht den wirksamsten Schutz gegen Mißbrauch der Privatklage gewähren.

Kommt eine Entscheidung des Verletzten nicht in Betracht, oder erscheint sie nicht angemessen, so muß eine Staatsbehörde darüber entscheiden, ob von der Möglichkeit der Bestrafung Gebrauch zu machen ist. Es fragt sich, welche. Diese Frage ist nun bisher ganz ungenügend erörtert worden, und das ist der Hauptgrund, warum die jetzige Regelung unseres Problems so nachdrücklich wie möglich bekämpft werden muß. Die Ursache für die mangelnde Klärung des Problems liegt in der üblichen Fragestellung „Leg.-Pr. oder Opp.-Pr?" Denn diese Frage birgt in sich bereits die Antwort, daß die Entscheidung, ob Strafe stattfindet, der Staatsanwaltschaft zusteht. So soll es denn auch nach §§ 153/5, 365, 377, Abs. 2 (soweit er sich auf Offizialdelikte bezieht) Entw. II sein, und abgesehen von den in § 153 dem Verletzten gegebenen Rechten treten Modifikationen (nämlich, daß die Strafloslassung nur von Staatsanwaltschaft und Gericht gemeinsam beschlossen werden kann) nach §§ 153/5 nur ein für den Fall, daß die öffentliche Klage schon erhoben ist, lediglich dem Prinzip zuliebe, daß nach Eröffnung der Untersuchung die öffentliche Klage nicht mehr zurückgenommen werden kann; nur bei Delikten der Jugendlichen wird es für angemessen erachtet, der Entscheidung der Staatsanwaltschaft maßgebende Bedeutung nur insoweit beizulegen, als sie auf „keine Strafe" lautet (§ 365, Abs. 3), die maßgebende Entscheidung, daß Strafe stattfindet, aber dem Gericht einzuräumen (§ 373). Der letzteren Regelung entspricht die Absicht, die der Vorentwurf zum StGB. nach Aussage der Motive (I. 262) in den Fällen hegt, wo er es zuläßt, von Strafe abzusehen; diese Zulassung soll „nicht nur für den erkennenden Richter, sondern auch die Verfolgungsbehörde" gelten.

In diesen Vorschlägen liegt bereits das Anerkenntnis, daß außer dem Staatsanwalt auch der Richter als zuständige Instanz zur Entscheidung über das „ob" der Strafe in Betracht kommt. Die Frage, ob grundsätzlich der Richter, nicht der Staatsanwalt die Entscheidung treffen soll, ist der Diskussion nicht nur fähig, sondern bedürftig. Die Forderung, daß der Richter zuständig sei, ist mehrfach aufgestellt worden, so bei den Verhandlungen des 29. Juristentages von Köhler und Gerland, woneben noch besondere Hervorhebung verdient der Vorschlag von Kade, daß die Entscheidung in einem Vortermin durch ein mit Schöffen besetztes Gericht erfolge. Aber häufiger ist dieser Gedanke kurzweg verworfen worden, weil die Prüfung von Zweckmäßigkeitsgründen nicht zur Aufgabe der Rechtsprechung gehöre oder einer ähnlichen das gleiche besagenden Wendung.[8]) Aber das ist kein sachlicher Grund; vielmehr wird auf diese Weise lediglich auf Grund einer vorgefaßten Meinung über die Aufgabe des Richters die Prüfung einer prüfungsbedürftigen Frage verweigert. Natürlich wird man sich auf die Trennung von Justiz und Verwaltung berufen; aber wenn der Grundsatz der Trennung konsequent, d. h. doktrinär, durchgeführt wird, gilt dann nicht vielleicht auch hier „Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage?" Es ist in der Tat an der Zeit, zu erwägen, ob wir nicht in dieser Trennung zu weit gegangen sind, ob nicht die Aus-

---

[8]) Vgl. einerseits Kade, Unbedingte oder bedingte Strafverfolgungspflicht S. 31, v. Hippel, Kritik des Entwurfs (1909) S. 68, Verhandlungen des Juristentags S. 489, 493, anderseits daselbst S. 500 (Hamm), 851 (Olshausen), Gutachten für denselben 1,69 (Ullmann), 3,67 (Dietz), Mittermaier und Thiersch bei Aschrott a. a. O. S. 156 u. 207.



schließung des Richters von Zweckmäßigkeitserwägungen ungünstig wirkt, indem die dauernde Nötigung, auf das Handeln nach Zweckmäßigkeit zu verzichten, ja unter Umständen bewußt das Unzweckmäßige zu tun, allmählich beim Richter eine gewisse Gleichgültigkeit in Beziehung auf die Zweckmäßigkeit seiner Handlungen erzeugt, die Freude an der Begriffsjurisprudenz, statt der Freude am Gutes Wirken. Es ist zu erwägen, ob nicht, wenn dem Strafrichter Zweckmäßigkeitserwägungen in größerem Umfange gestattet werden (g a n z ausgeschaltet sind sie auch jetzt nicht! Strafzumessung! vgl. auch Vorentwurf z. StGB. § 65 Abs. 1!), die Tätigkeit des Strafrichters eine reizvollere, darum geschätztere sein, und infolgedessen die Qualität der Strafgerichte günstig beeinflußt werden wird. Jedenfalls, wer bei den Delikten der Jugendlichen die Entscheidung über Strafe oder Nichtstrafe, die doch hier auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, dem Gericht übertragen will, und sonst diese Entscheidung für die Staatsanwaltschaft verlangt, weil das Gericht nur zu prüfen habe, ob die Tat bewiesen und strafbar sei (so Hamm l. c. 501), widerspricht sich selbst.

Nur beiläufig sei daran erinnert, daß auch die Frage der Beantwortung bedarf, ob die Polizei (vielleicht sogar ihre untersten Organe), in gewissem Umfang in Bagatellsachen die Entscheidung Nicht-Strafe soll treffen dürfen.

Hervorgehoben muß aber noch werden, daß es schon eine Horizontverengerung ist, wenn man die Frage, welche Behörde über Strafe oder Nichtstrafe entscheiden solle, nur für die eben genannten Behörden stellt. Es könnte auch eine besondere Behörde dafür geschaffen werden, insbesondere eine Behörde, die zum Teil aus Laien gebildet wäre, die bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeitsfrage sich zuweilen nützlich betätigen, namentlich aber der Unparteilichkeit der Entscheidung und dem Glauben an ihre Unparteilichkeit dienen würden. Man könnte z. B. an eine aus dem Staatsanwalt und zwei Schöffen gebildete Behörde denken. Es soll auch hiermit nur ein Gedanke geäußert, nicht ein Vorschlag gemacht werden.

Maßgebender Gesichtspunkt für die Frage, welcher Behörde die Entscheidung über Eintritt oder Nichteintritt von Strafe zustehen soll, darf meines Erachtens nicht eine traditionelle Auffassung des richterlichen oder staatsanwaltlichen Berufs sein, sondern in erster Linie muß maßgebend sein, von welcher Behörde der angemessene Gebrauch jenes Entscheidungsrechts mit der größeren Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Der angemessene Gebrauch setzt völlige Unparteilichkeit voraus. Die Gefahr der Parteilichkeit ist die Hauptgefahr bei dem fakultativen Strafgesetz; sie ist bei einer abhängigen Behörde naturgemäß größer als beim unabhängigen Gericht. Diese Erwägung spricht dafür, wenn wir zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft wählen sollen, den Gerichten jene Entscheidung zu übertragen.

Aber die Sache ist komplizierter. Das, was durch die fakultative Strafandrohung erreicht werden soll (z. B. Ersparung unnützer Arbeit und Kosten, Verhütung von Gefahren, die der Prozeß als solcher mit sich bringt), würden nicht immer erreicht werden können, wenn nur die Gerichte in dieser Frage zuständig wären. So muß zuweilen die Entscheidung, daß Strafe nicht eintritt, der Staatsanwaltschaft oder einer andern Behörde zustehen. Es bedarf für jeden einzelnen Fall fakultativer Strafdrohung besonderer Erwägung.

Es würde ein wahrscheinlich nicht gut zu machendes Unglück sein, wenn jetzt bei überstürzter Regelung der Staatsanwaltschaft Befugnisse erteilt würden, die sie nicht nötig hat und die ihr darum nicht gebühren.

3. Daß, wenn die bisher gedachten Fragen nicht spruchreif sind, auch die nach den Garantien nicht spruchreif ist, bedarf keiner Ausführung.[9])

---

[9]) Es sei zum Schluß noch gestattet, auf eine Unklarheit beim § 154 Entwurf II StPO. aufmerksam zu machen. § 154 scheint zunächst so ausgelegt werden zu müssen, daß die Verfolgung nicht unterbleiben darf, wenn der Verdächtige die Strafe für die andere Tat bereits (ganz) verbüßt hat (zu der Zeit, wo die Verfolgung in Frage kommt). Als selbstverständlich wird man eine Ausnahme hiervon ansehen dürfen: war die Verfolgung auf Grund des § 154 absichtlich unterlassen worden, so braucht auch nach der Verbüßung die (durch Verjährung ja vielleicht noch nicht ausgeschlossene) Verfolgung nicht eingeleitet zu werden. Wie aber, wenn eine Verfolgung, die auf Grund des § 154 hätte unterlassen werden können, nicht absichtlich, mit Rücksicht auf § 154 unterlassen, sondern einfach unterblieben war? Muß dann, wenn nach Strafverbüßung die zweite Tat entdeckt wird, Verfolgung stattfinden oder nicht? Die Regelung in letzterem Sinne ist entschieden angemessener. Denn die Feststellung, ob die Verfolgung absichtlich unterlassen oder bloß unterblieben ist, wird nicht immer sicher zu treffen sein, und es wäre auch unbillig, hierauf entscheidendes Gewicht zu legen, da die Verfolgung vielleicht absichtlich unterlassen worden wäre, wenn man von dem Delikt überhaupt etwas gewußt hätte. Diese Erwägung spricht dafür, entscheidend sein zu lassen, ob der Verdächtige zur Zeit der Begehung der Tat, deren Verfolgung in Frage kommt, wegen einer andern Tat eine Strafe zu verbüßen oder noch zu erwarten hatte, neben der die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, nicht ins Gewicht fällt.

Vorstehender Aufsatz ist im Januar d. J. geschrieben. Mittlerweile sind in der Reichstagskommission die §§ 153 ff. bereits beraten und der § 153 einer mir vorliegenden Zeitungsnachricht zufolge in folgender Fassung angenommen worden: „Bei Übertretungen kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des zuständigen Gerichtes von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse oder wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint. Von dieser Entschließung ist der Anzeigende in Kenntnis zu setzen. Wird die Verfolgung von demjenigen beantragt, der ein berechtigtes Interesse an ihr hat, so darf der Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; war die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so bedarf es seiner Zustimmung.“

Ich gebe die Hoffnung, daß man die Regelung der Materie vertage, noch nicht auf. Der von der Kommission beschlossene § 153 scheint mir eine mißlungene Bestimmung. Aus folgenden Gründen: 1. Kann bei Übertretungen die Staatsanwaltschaft nur mit Zustimmung des Gerichts die Anklage unterlassen, so geht der Vorteil der Arbeitsersparnis zum großen Teil wieder verloren. 2. Die Verfolgung soll unterbleiben können, wenn sie durch das öffentliche Interesse oder wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint. Durch die Worte „wegen Geringfügigkeit“ usw. wird entweder ein zweiter Grund für Unterlassung der Verfolgung normiert oder nicht. Wenn nicht (was m. E. zutrifft, cf. oben II, 1), so sind sie überflüssig und verwirrend. Wenn ja, so sind (im Falle des Nichtgebotenseins wegen Geringfügigkeit) zwei Situationen denkbar: entweder die Verfolgung ist wegen Geringfügigkeit nicht geboten und auch durch das öffentliche Interesse nicht geboten (Fall a) oder sie ist wegen Geringfügigkeit nicht geboten, durch das öffentliche Interesse aber geboten (Fall b). Im Fall a ist die Bestimmung auch wieder überflüssig, weil dann bereits das Fehlen des öffentlichen Interesses die Unterlassung der Verfolgung rechtfertigt; im Fall b ist die Bestimmung verfehlt, weil vernünftigerweise die Verfolgung nicht unterbleiben darf, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten ist. Was ist also der Sinn? 3. Warum kommt es vor Erhebung der öffentlichen Klage auf den Antrag desjenigen an, „der ein berechtigtes Interesse an ihr (der Verfolgung) hat;“ nach Erhebung der öffentlichen Klage bezw. auf den Antrag des „Verletzten“? Oder, wenn etwa beide Ausdrücke dasselbe bedeuten sollen, warum verschiedene Ausdrücke?

Der verantwortliche Redakteur.

Versuch einer Begriffsbestimmung.

Von Universitätsprofessor Dr. August Miřička in Prag.

III.

Allein wenn es richtig ist, daß nur der wirkliche Redakteur als verantwortlicher Redakteur genannt werden kann, dann dürfte das aufgeworfene Problem unschwer zu lösen sein. Es wäre wohl nichts anderes nötig, als eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung in diesem Sinne, daß nämlich als verantwortlicher Redakteur nur der wirkliche Redakteur bezeichnet werden könne und auch als solcher bezeichnet werden müsse.

Dies würde jedoch offenbar voraussetzen, daß jede periodische Druckschrift bloß einen einzigen Redakteur hat, also, wie man sieht, einen recht primitiven Zustand, der wohl nur bei kleinen Provinzblättern oder bei in längeren Abschnitten erscheinenden Fachzeitschriften zutreffen mag.

Dagegen erfordern alle einigermaßen größeren Zeitungsunternehmen, namentlich die politischen Tagesblätter, für welche sich das Preßgesetz aus greifbaren Gründen am meisten interessiert, unausweichlich die redaktionelle Mitwirkung einer größeren Anzahl von Personen.

Es entsteht nun die Frage, ob in einem solchen Falle alle Redaktionsmitglieder als verantwortlicher Redakteur benannt werden können oder geradezu benannt werden müssen, und verneinendenfalls welcher von ihnen als verantwortlicher Redakteur zu bezeichnen sei, eventuell ob es auch eine außerhalb der Redaktion stehende Person sein könnte.

In dieser Beziehung muß vor Allem geprüft werden, wie sich die einzelnen Preßgesetzgebungen zu dieser Frage einer Pluralität der Redakteure stellen.

Das oberwähnte französische Preßgesetz vom 18. Juli 1828 gestattete ausdrücklich, daß mehrere veranwortliche Geranten, jedoch nicht mehr als drei bestellt werden. Dagegen spricht das geltende französische Preßgesetz vom 29. Juli 1881 im Art. 6 nur von einem Geranten:

Tout journal ou écrit periodique aura un gérant.

Eine Mehrheit von Geranten läßt dieses Gesetz ausdrücklich nicht zu, es schließt sie aber auch nicht ausdrücklich aus. Hieraus ist zu folgern, daß auch nach dem geltenden französischen Rechte die Bestellung von mehreren Geranten zulässig und daß ihre Zahl in keiner Weise beschränkt ist.[12])

Das geltende Preßgesetz des Deutschen Reiches vom J. 1874 erklärte im § 7 Abs. 2 die Benennung mehrerer Personen als verantwortliche Redakteure nur unter der Bedingung für zulässig, wenn aus Form und Inhalt der Benennung mit Bestimmtheit zu ersehen ist, für welchen Teil der Druckschrift jede der benannten Personen die Redaktion besorgt. Damit ist die Übertragung der verantwortlichen Redaktion an mehrere Personen in solidum ausgeschlossen.[13])

---

[12]) Vgl. Poittevin, Traité de la presse, Paris, 1902, I., 70.

[13]) Vgl. Berner, Lehrbuch des Deutschen Preßrechtes, 212, Kloeppel. Reichspreßrecht, 216, Schwarze-Appelius, Reichspressgesetz, 4. Aufl. 58, Durch § 7 Abs. 2 Pr.-G. ist im wesentlichen die Bestimmung des § 6 Abs. 2 des Regierungsentwurfs zum Gesetze erhoben worden. Der korrespondierende § 7 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs wollte eine solidarische verantwortliche

Demgegenüber läßt das österreichische Recht die verantwortliche Solidarredaktion konsequent zu. So bereits das Preßgesetz vom 27. Mai 1852, dessen einschlägige Bestimmung schon oben zitiert wurde. Ebenso das geltende Preßgesetz vom J. 1862 im § 9 Abs. 3:

> Jedes Blatt (Nummer) oder Heft einer periodischen Druckschrift hat den Namen wenigstens eines verantwortlichen Redakteurs zu enthalten,

und im § 10 Z. 2, demgemäß die Anzeige der beabsichtigten Herausgabe einer periodischen Druckschrift zu enthalten hat:

> Den Namen und Wohnort eines verantwortlichen Redakteurs und wenn deren mehrere auf dem Blatte genannt werden sollen, die Namen und Wohnorte aller ...

Denn aus dem Umstande, daß das Gesetz von einer Teilung der Haftung nichts erwähnt, ist zu folgern, daß alle genannten Personen solidarisch, d. i. jede von ihnen für den ganzen Inhalt der Druckschrift, verantwortlich sind. Daneben schließt jedoch das Gesetz auch eine verantwortliche Redaktion pro diviso nicht aus, d. h. in der Weise, daß jeder von den Benannten die verantwortliche Redaktion blos betreffs eines Teiles der Druckschrift versieht, falls dieser Teil bestimmt bezeichnet ist, z. B. Abendblatt, wirtschaftliche Beilage, Inseratenteil, Feuilleton u. ähnl.[14])

Von dem geltenden Rechte scheint einigermaßen der Regierungsentwurf im Bereiche unserer Frage abzuweichen, indem er im § 8 Abs. 2 (§ 7 Abs. 2 der Ausschußanträge) nachstehende Bestimmung enthält:

> Es ist zulässig für einzelne bestimmt zu bezeichnende Teile einer periodischen Druckschrift besondere, für den Inhalt dieser Teile verantwortliche Redakteure zu bestellen, in welchem Falle deren Namen auf der Druckschrift angegeben werden müssen. Ein solcher Redakteur hat für den Inhalt des von ihm geleiteten Teiles der periodischen Druckschrift jene Verantwortung zu tragen, welche nach diesem Gesetze dem verantwortlichen Redakteur auferlegt ist.

Mit Rücksicht auf diese Fassung könnte es zweifelhaft erscheinen, ob der Entwurf nicht etwa nach dem Vorbilde der reichsdeutschen Gesetzgebung die verantwortliche Redaktion pro indiviso ausschließen will. Doch wenn dies beabsichtigt worden wäre, so würde es wohl mindestens ebenso klar und deutlich ausgedrückt worden sein, wie im Deutschen Preßgesetz („ist nur dann zulässig"), zumal da der bisherige in Theorie und Praxis anerkannte Rechtszustand dadurch eine Änderung erfahren würde. Übrigens kann es vom Standpunkte der Preßbehörden nur erwünscht erscheinen, wenn mehr als eine Person die Verantwortung für

---

Redaktion mehrerer Personen ausdrücklich gestatten, ja in zweifelhaften Fällen sie annehmen. Dies geschah, wie den Kommissionsmotiven zu § 7 zu entnehmen ist, in der Überzeugung, „daß durch die Zulassung der solidarischen Haftbarkeit mehrerer Redakteure der Presse eine berechtigte Erleichterung geschaffen wird, welche auch vom staatlichen Standpunkte nicht zu beanstanden sei." (S. Goltd. Archiv, Bd. 22, S. 184 f.) Über die Motive der Ablehnung einer solidarischen verantwortlichen Redaktion in dem geltenden Gesetze vgl. Kah, Reichspreßgesetz, 62 und Sládeček, tiskové právo, 67. Meines Erachtens bildet den Stein des Anstoßes in der gedachten Beziehung vor allem die der Regelung der Sonderhaftung des verantwortlichen Redakteurs im § 20 Abs. 2 des Reichspreßgesetzes zugrunde liegende Vermutung der Täterschaft. Denn diese Vermutung gleichzeitig gegen mehrere Personen dort gelten zu lassen, wo in der Regel bloß eine einzige, mitunter auch keine von ihnen der Täter ist, dürfte doch etwas gewagt sein.

[14]) Vgl. Lienbacher, Preßrecht II. 74 und Liszt, Österr. Preßrecht, 84.



die dem verantwortlichen Redakteur gesetzlich auferlegten Pflichten übernimmt.

Nicht uninteressant ist ein Vergleich mit der Bestimmung des Art. 291 des schweizerischen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1908:

> Auf Zeitungen und Zeitschriften ist der Name des Redaktors anzugeben. Leitet ein Redaktor nur einen Teil der Zeitung oder Zeitschrift, so ist er als Redaktor dieses Teiles zu bezeichnen.

Diese durch ihre durchsichtige Einfachheit — wie vielleicht der ganze Entwurf — ansprechende Bestimmung geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß entweder die ganze Redaktionstätigkeit von einer einzigen Person besorgt wird, oder wenn mehrere Personen daran teilnehmen, daß die Redaktionsarbeiten unter sie nach genau bestimmten Teilen der periodischen Zeitschrift verteilt sind. Diese Person, bzw. diese Personen, sollen dann einfach auf der Druckschrift angegeben werden.

Doch jedem nur einigermaßen Eingeweihten ist es bekannt, wie verwickelt die gegenseitigen Beziehungen einzelner mit der Redaktion befaßter Personen sind, wie ihre Tätigkeitssphären oft nur ganz allgemein nach dem Inhalte des Stoffes bezeichnet sind, wie ihre Aufgaben sich nicht selten kreuzen und ineinandergreifen, wie es öfters nötig ist, daß der eine augenblicklich für den anderen einspringe, und welche Schwierigkeiten es bei dieser Sachlage bereitet, in diesem ameisenartigen Gewimmel die Tätigkeit des Einzelnen unter dem Mikroskope der strafrechtlichen Verantwortlichkeit herauszufinden.

Der schweizerische Strafgesetzentwurf geht zweifellos von dem Grundsatze aus, daß die Angabe, sei es eines, sei es mehrerer Redakteure, der wirklichen Sachlage entsprechen muß. Wenn diese jedoch derart ist, daß mehrere Redakteure bestellt sind, ohne daß jedem von ihnen ein bestimmter Teil der periodischen Druckschrift zugeteilt wäre, für diesen Fall enthält der erwähnte Entwurf keine Bestimmung. Namentlich ist es zweifelhaft, ob in diesem Falle alle als Redakteure angegeben werden müssen, oder ob es erlaubt ist, nur einen oder den anderen anzuführen, und welcher oder welche von ihnen dies sein können oder müssen.

Es handelt sich offenbar um die Frage, was die Tätigkeit eines verantwortlichen Redakteurs in einer aus mehreren Personen bestehenden Redaktion im Verhältnisse zu der Tätigkeit der Mitredakteure charakterisiert und die rechtliche Grundlage seiner Verantwortung ausmacht.

Doch auch in dem geltenden österreichischen und reichsdeutschen Preßrecht ist keine Bestimmung enthalten, die uns irgend welche Handhabe in der gedachten Richtung bieten könnte. Denn daraus, daß das Gesetz die verantwortliche Redaktion mehrerer Personen, sei es bloß pro diviso (wie das deutsche Recht), sei es auch pro indiviso (wie das österreichische Recht) zuläßt, kann offensichtlich noch nichts gefolgert werden, woraus sich eine Antwort auf die aufgeworfene Frage ergeben würde.

Es erübrigt daher nichts anderes, als die Beantwortung dieser Frage gänzlich der Theorie zu überlassen. Ihre Aufgabe ist es, zu prüfen, in welcher Weise jener Urbegriff des verantwortlichen Redakteurs als des wirklichen Redakteurs, wie sich der Gesetzgeber ihn vorgestellt hat, unter dem Einflusse der Entwickelung des Zeitungswesens sich umwandelte, inwiefern diese Umwandlung mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis eines ausreichenden Rechtsschutzes annehmbar ist und worin

dann die konstitutiven Elemente und begrifflichen Merkmale des behandelten Institutes in Anbetracht der Tatsache, daß hier aus einem ursprünglich dem wirklichen Leben angehörigen Begriffe ein Rechtsbegriff sich herausgebildet hat, eigentlich bestehen.

IV.

Es scheint ganz natürlich zu sein, bei einer Begriffsbestimmung des verantwortlichen Redakteurs von dem Begriffe des Redakteurs überhaupt auszugehen, natürlich sowohl nach den Grundsätzen der Logik, als auch im Hinblick auf die vorausgeschickten Ausführungen vom rechtshistorischen Gesichtspunkte.

Der Begriff des Redakteurs ist unzweifelhaft ein faktischer Begriff. Er wurde nicht erst durch das Recht gebildet; ihn schuf, wie v. Liszt treffend sagt, das Leben selbst. In abstracto ist allerdings eine Zeitschrift ohne Redakteur denkbar, zum Beispiel in der Weise, daß die von den einzelnen Mitarbeitern eingehenden Beiträge unverändert in der Ordnung ihres Einlangens nach Zulaß des etwa im voraus bestimmten Umfanges der Druckschrift abgedruckt würden. In diesem Falle würde diejenige Person, welche die einlaufenden Beiträge in Empfang nehmen und hiernach zum Drucke befördern würde, dadurch offenbar keine Redaktionstätigkeit ausüben, vielmehr gewissermaßen die Rolle eines metteur en pages spielen.

Doch das wäre ein Zustand der reinsten Anarchie. Einer derart geführten Zeitung würde die einheitliche Leitung, mithin eine der Hauptbedingungen für das Gedeihen einer auf die Mitwirkung einer größeren Anzahl von Personen angewiesenen Unternehmung abgehen. Schon die natürliche Beschaffenheit, umsomehr aber die heutzutage übliche Einrichtung eines auf die Herausgabe einer Zeitung oder Zeitschrift gerichteten Unternehmens erfordern mit Rücksicht auf den Grundsatz der Arbeitsteilung eine Person, der die Pflicht zukäme, das Material für das Blatt zu sammeln, zu prüfen und auszuwählen, mithin den Inhalt der einzelnen Nummer zu bestimmen und zu ordnen und dazu nach Umständen — unbedingt notwendig ist es nicht — auch mit Produkten der eigenen Geistestätigkeit beizuragen. Und das ist eben die dem Redakteur zufallende Aufgabe.

Den Redakteur bestellt naturgemäß derjenige, welcher das Zeitungsunternehmen ins Leben gerufen oder von einem andern übernommen hat, mithin jene Person, der im allgemeinen das Recht zukommt, Dispositionen bezüglich des Unternehmens zu treffen, einerlei, ob man dieselbe Herausgeber, Inhaber oder Eigentümer des Blattes benennen will. Diese Person kann, selbstredend vorausgesetzt, daß es eine physische Person ist, auch selbst Redakteur oder Mitredakteur sein; sie kann aber auch die Redaktionstätigkeit ausschließlich auf eine oder mehrere andere Personen übertragen, während sie für ihre eigene Person auf jegliche Mitwirkung bei der Redaktion verzichtet.

Wie hieraus zu ersehen, beruht — abgesehen von dem Fall der Übernahme der Redaktion durch den Unternehmer selbst — die rechtliche Grundlage der Stellung eines Redakteurs in seinem Vertrage oder, richtiger gesagt, in seinem Übereinkommen mit dem Zeitungsunternehmer, vermöge dessen ihm eben die Aufgabe eines Redakteurs übertragen wird.

Wenn der Begriff eines Redakteurs überhaupt faktischer Natur ist, so erscheint der Begriff eines verantwortlichen Redakteurs bereits als ein Rechtsbegriff. Ist er ja einem Bedürfnisse des Rechtslebens, der Notwendigkeit eines genügenden Rechtsschutzes entsprungen. Das Gesetz verordnet, daß ein verantwortlicher Redakteur benannt und auf jeder einzelnen Nummer der periodischen Druckschrift angegeben, eventuell auch schon im vorhinein der Behörde angezeigt werde. Die Pflicht der Nennung des verantwortlichen Redakteurs trifft naturgemäß die zur Bestellung des Redakteurs überhaupt berufene Person, also den Zeitungsunternehmer (Herausgeber, Eigentümer des Blattes).

Diese Nennung kann selbstverständlich nicht ohne Einvernehmen mit der benannten Person, ohne ihre Einwilligung erfolgen, mit anderen Worten: soll jemand als verantwortlicher Redakteur benannt werden, so muß er zuerst als verantwortlicher Redakteur bestellt worden sein. Und eben in dieser Bestellung, in diesem Übereinkommen zwischen dem Zeitungsunternehmer und einer zweiten Person, welche dadurch die Stelle des verantwortlichen Redakteurs übernimmt, ist — geradeso wie wir es bei dem Redakteur im allgemeinen gesehen haben — das konstitutive Element der Institution des verantwortlichen Redakteurs zu erblicken.

Als verantwortlicher Redakteur kann mithin nur die vom Zeitungsunternehmer schon vorher dazu bestellte, also diejenige Person benannt werden, mit welcher der Unternehmer übereingekommen ist, daß sie als verantwortlicher Redakteur fungieren solle. Dieses Übereinkommen kann allerdings auch stillschweigend in der Weise geschlossen werden, daß jemand mit seinem Wissen und ohne seinen Widerspruch als verantwortlicher Redakteur (bei der Behörde oder auf dem Blatte) angegeben wird. Zweifellos kann, wie die Redaktion, so auch die verantwortliche Redaktion von dem Unternehmer der Zeitung (Zeitschrift) selbst übernommen werden. In diesem Falle ist das konstitutive Element folgerichtig in seinem bezüglichen Entschlusse zu erblicken. Freilich gewinnt dieser Entschluß rechtliche Bedeutung erst dadurch, daß er sich nach außen hin in zweifelloser Weise manifestierte, mithin namentlich dann, wenn der Zeitungsunternehmer sich selbst als verantwortlichen Redakteur (der Behörde oder auf dem Blatte) benannte.

Keinesfalls ist aber verantwortlicher Redakteur, wer als solcher ohne seine ausdrücklich oder wenigstens stillschweigend erklärte Zustimmung oder sogar trotz seines ausdrücklichen Widerspruches benannt wurde. Eine solche Nennung wäre offenbar wahrheitswidrig. Doch das ist eben ein schlagender Beweis dafür, daß die Bestellung des verantwortlichen Redakteurs im obbezeichneten Sinne das konstitutive Moment dieser Institution bildet.

Zugegeben muß werden, daß die Preßgesetzgebungen nur ausnahmsweise von diesem konstitutiven Elemente, d. i. von der Bestellung des verantwortlichen Redakteurs Erwähnung machen, indem sie sich meistenteils mit der Vorschrift begnügen, daß der verantwortliche Redakteur auf dem Blatte bzw. auch bei der Preßbehörde anzuzeigen sei. Unrichtig ist jedoch der daraus hie und da gezogene Schluß, daß der Bestellung eines verantwortlichen Redakteurs nicht die Bedeutung eines konstitutiven Elementes zukomme und daß in dieser Beziehung an ihre Stelle etwa eben diese Nennung trete. Der Grund der gedachten Erscheinung ist vielmehr darin zu erblicken, daß die Benennung des verantwortlichen Redakteurs

begreiflicherweise durch seine vorhergehende Bestellung bedingt ist und daß dies dem Gesetzgeber so natürlich schien, daß er für überflüssig erachtete, dies ausdrücklich hervorzuheben. Einen Beleg für die Richtigkeit dieser Ansicht bildet der österreichische Regierungsentwurf eines Preßgesetzes vom Jahre 1902, welcher dort, wo er die Nennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte (§ 8 Abs. 1) und die vorausgehende Anzeige desselben bei der Behörde (§ 9 Abs. 2) vorschreibt, von seiner Bestellung nichts erwähnt, gelegentlich der Behandlung des Falles einer Mehrheit der verantwortlichen Redakteure (§ 8 Abs. 2) aber plötzlich — scheinbar mehr instinktiv — von der Bestellung mehrerer verantwortlicher Redakteure spricht. Ebenso ist im § 10 Abs. 3 von der Bestellung eines Stellvertreters des verantwortlichen Redakteurs für die Dauer seiner zeitweiligen Verhinderung oder Unfähigkeit die Rede, und zwar wird die Pflicht zu dieser Bestellung geradezu dem Herausgeber auferlegt. Hieraus läßt sich folgern, daß der Entwurf auch in dem gewöhnlichen Falle, daß nur ein verantwortlicher Redakteur benannt wurde, seine vorgängige Bestellung voraussetzt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die gesetzliche Anordnung der Benennung eines verantwortlichen Redakteurs ein Doppeltes enthält: einmal die Bestimmung, daß ein verantwortlicher Redakteur zu bestellen ist und zweitens die Vorschrift, daß die bestellte Person auf dem Blatte (eventuell auch der Preßbehörde) anzugeben ist. Nur wird in der Fassung des Gesetzes mehr der zweite Punkt betont und der erste als gewissermaßen selbstverständlich stillschweigend vorausgesetzt. Ebenso trifft die Norm, welche die wahrheitswidrige Benennung des verantwortlichen Redakteurs mit Strafe bedroht, nicht nur den Fall, daß eine andere Person als die wirklich bestellte benannt, sondern auch den Fall, daß überhaupt Niemand als verantwortlicher Redakteur bestellt wurde.

Doch worin besteht eigentlich die Funktion eines verantwortlichen Redakteurs, welches ist sein Wirkungskreis nach der Vorstellung des Gesetzgebers?

Das ist wohl am besten aus den dem verantwortlichen Redakteur gesetzlich zukommenden Obliegenheiten zu ersehen. Seine vorzüglichste Pflicht ist es, dafür zu sorgen, daß in dem Inhalte der Druckschrift nichts strafgesetzwidriges vorkomme. Diese „kritisch inhibitive Kontrolltätigkeit“, wie sich Löning treffend ausdrückt, ist zweifellos die wichtigste Aufgabe des verantwortlichen Redakeurs, eine Aufgabe, die in den Augen des Gesetzgebers von solcher Bedeutung ist, daß man ohne fehlzugehen, in dieser Funktion den Hauptzweck dieser Einrichtung erblicken kann.

Einige (wie Löning) gehen so weit, daß sie, anknüpfend an die Zeiten der Zensur, im verantwortlichen eine Art freiwilligen Zensors sehen, der den abgeschafften staatlichen Zensor ersetzen soll. In dieser Beziehung ist jedoch meines Erachtens der wesentliche Unterschied zwischen den beiden erwähnten Institutionen nicht zu übersehen, daß die Kontrollpflicht des staatlichen Zensors aus seiner dienstlichen Stellung als eines staatlichen Organes floß und daß mithin ihre Außerachtlassung dieselben Folgen, wie eine Vernachlässigung der Dienstespflichten überhaupt, also grundsätzlich nur Disziplinarstrafen nach sich zog, während die Kontrollpflicht des verantwortlichen

Redakteurs auf seiner Anstellung in einem Privatunternehmen beruht, durch ein allgemeines Gesetz statuiert und unter Kriminalstrafe gestellt ist.

Es ist gewiß auffallend, daß die besagte Pflicht des verantwortlichen Redakteurs zur Prüfung des Inhaltes der Druckschrift in strafrechtlicher Beziehung, ungeachtet der ihr vom Gesetzgeber beigelegten großen Bedeutung, weder im Preßgesetze selbst noch sonst wo expressis verbis ausgesprochen wird, sondern daß sie erst aus anderen gesetzlichen Vorschriften abgeleitet werden muß. Und zwar kann diese Kontrollpflicht lediglich aus den gesetzlichen Bestimmungen betreffend die preßrechtliche Fahrlässigkeit noch dazu in nicht besonders befriedigender Weise deduziert werden. Denn wenn beispielsweise das geltende österreichische Recht im Art. III des Gesetzes vom 15. Okt. 1868 Nr. 14 RGBl. bestimmt, daß der verantwortliche Redakteur „für die Vernachlässigung jener Aufmerksamkeit verantwortlich ist, bei deren pflichtmäßiger Anwendung die Aufnahme des strafbaren Inhalts der Druckschrift unterblieben wäre", so ist es klar, daß diese Bestimmung die besprochene Pflicht des verantwortlichen Redakteurs zur Prüfung des Inhaltes der Druckschrift in strafrechtlicher Beziehung zwar voraussetzt und dieselbe mithin implicite auferlegt, daß aber das Maß dieser Pflicht im Gesetze in keiner Weise bestimmt ist.[15]) Dasselbe gilt zweifellos vom § 21 des Deutschen Reichspreßgesetzes, wonach der verantwortliche Redakteur, falls der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand einer strafbaren Handlung begründet, wegen Fahrlässigkeit als straffällig erklärt wird, wenn er nicht die Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt oder Umstände nachweist, welche diese Anwendung unmöglich gemacht haben.[16]) Nicht anders verhält sich die Sache in betreff der Bestimmung des österreichischen Regierungsentwurfs (§ 31), worin mit Strafe wegen preßrechtlicher Fahrlässigkeit in Preßsachen der verantwortliche Redakteur bedroht wird, „welcher durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt die Herstellung, Veröffentlichung oder Verbreitung einer Druckschrift ermöglicht hat, deren Inhalt den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens begründet."

Aus der bloßen Tatsache, daß eine Druckschrift strafbaren Inhalts erschienen ist, läßt sich nicht — wie es hie und da in der Praxis vorkommt — ohne weiteres der Schluß ziehen, daß der verantwortliche Redakteur seine obbezeichnete Pflicht vernachlässigt hat. Das hieße, ihm auch einen zufälligen Erfolg in die Schuhe schieben zu wollen, während doch die Strafe gemäß einer grundlegenden Maxime des Straf-

---

[15]) Diesem Mangel wäre wohl dadurch abgeholfen, daß man mit der Entscheidung des Kassationshofes vom 26. Jänner 1894 Slg. Nr. 1742 die in Rede stehende Obliegenheit des verantwortlichen Redakteurs näher bestimme als „Pflicht, sich Kenntnis von dem Inhalte der von ihm redigierten periodischen Druckschrift zu verschaffen, und dies zu gehöriger Zeit, um, wenn nötig, die Drucklegung beziehungsweise Verbreitung des strafbaren Inhaltes ... mit Erfolg hindern zu können". Doch diese Forderung geht in dieser Allgemeinheit, wie wir sehen werden, zu weit.

[16]) Etwas bestimmter in der obbezeichneten Beziehung lautete der von der Minderheit der Reichstagskommission zu § 25 der Regierungsvorlage (= § 21, Pr.-G.) beantragte, jedoch nicht zur Annahme gelangte Zusatz, wonach die Bestrafung des verantwortlichen Redakteurs dann ausgeschlossen sein solle, wenn außer dem Falle der Nachweisung des Verfassers oder Einsenders erhellt, „daß ihm eine Vernachlässigung der von ihm bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung zu leistenden Sorgfalt nicht zur Last fällt." Vgl. Goltd. Archiv, Bd. 22, S. 193.



rechts eine Verschuldung, also mindestens Fahrlässigkeit voraussetzt, ein Grundsatz, der gewiß auch hinsichtlich der die sogenannte preßrechtliche Fahrlässigkeit betreffenden gesetzlichen Bestimmungen volle Geltung beansprucht.

Auch wäre es nicht richtig, dem verantwortlichen Redakteur, wie es gleichfalls hier und da geschieht, ohne weiteres die Verpflichtung imputieren zu wollen, das ganze, für jede einzelne Nummer bestimmte handschriftliche Material von A bis Z vor der Drucklegung und gar etwa noch einmal die ganze Druckschrift nach der Drucklegung durchzulesen, letzteres, um sich zu überzeugen, ob in das Blatt nicht irgend etwas strafwürdiges ohne sein Imprimatur hineinkann. Dies würde ja bei größeren Tagesblättern die Grenzen der physischen Möglichkeit übersteigen.

Der verantwortliche Redakteur hat in bezug auf die Prüfung des Inhaltes der Druckschrift in strafrechtlicher Beziehung gewiß keine anderen Pflichten, als alles zu tun, was von einem gewissenhaften verantwortlichen Redakteur nach dem regelmäßigen Gange der Redaktionsangelegenheiten mit Rücksicht auf die im Zeitungswesen bestehenden Gewohnheiten überhaupt und auch im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse des bezüglichen Blattes, insofern dieselben die Grenzen des Normalen nicht überschreiten, verlangt werden kann. Hat der verantwortliche Redakteur diesen Obliegenheiten Genüge geleistet, so kann er wegen preßrechtlicher Fahrlässigkeit selbst dann nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn in das Blatt etwas hineinkam, was gegen das Strafgesetz verstößt.

Nach dieser Richtschnur wäre wohl auch der Fall zu beurteilen, wenn der Inhalt eines zum Abdrucke gelangten Inserates eine strafbare Handlung begründen würde. Hier dürfte den verantwortlichen Redakteur der Nachweis exkulpieren, daß der mit der Entgegennahme und Prüfung der Inserate betraute Angestellte, gegen dessen Verläßlichkeit sich keine Zweifel ergaben, den Auftrag hatte, in zweifelhaften Fällen der gedachten Art die Entscheidung des verantwortlichen Redakteurs einzuholen.

Doch — um nach dieser kleinen Abschweifung zu unserer eigentlichen Aufgabe zurückzukehren — die in Rede stehende Verpflichtung zur Prüfung des Inhaltes der Druckschrift in strafrechtlicher Richtung ist nicht die einzige Obliegenheit des verantwortlichen Redakteurs. Vielmehr pflegen ihm von den Preßgesetzen noch andere Aufgaben zugewiesen zu werden, so namentlich die Verpflichtung für eine ordnungsmäßige Aufnahme der der periodischen Druckschrift zur pflichtmäßigen Veröffentlichung eingesendeten Berichtigungen und amtlichen Erlässe zu sorgen. (§§ 19—22 des österr., § 10 und 11 des Deutschen Pr. Ges.) Ist jedoch der verantwortliche Redakteur für eine gehörige Veröffentlichung dieser Bekanntmachungen verantwortlich, so ist er zweifellos auch dazu berufen, dieselben zu diesem Zwecke in Empfang zu nehmen. Hieraus folgt, daß die Ansicht jener, welche behaupten, daß der verantwortliche Redakteur erst mit der Herausgabe jeder einzelnen Nummer und eben nur für diese Nummr durch seine Benennung auf derselben bestellt werde, unrichtig ist, da es nach dem Gesagten vielmehr nötig erscheint, daß ein verantwortlicher Redakteur auch während der ganzen Zeit zwischen der Herausgabe der einzelnen Nummern da sei. Dies weist aber darauf hin, daß das Gesetz die Funktion des verantwortlichen Redakteur als eine dauernde betrachtet

und hierbei von der Bestellung desselben als eines ständigen Angestellten des Zeitungsunternehmers ausgeht.

V.

Ist nun nach dem Gesagten in der Bestellung des verantwortlichen Redakteurs ein konstitutives Begriffselement zu erblicken, so würde daraus noch keineswegs folgen, daß nicht nebstdem auch noch einer anderen Tatsache die Eigenschaft eines solchen konstitutiven Momentes zukommen oder, mit anderen Worten, daß es nicht von der Erfüllung noch einer weiteren Voraussetzung abhängen könnte, ob jemand verantwortlicher Redakteur im Sinne des Gesetzes sei.

Eine solche Voraussetzung könnte namentlich die vorläufige Anzeige des verantwortlichen Redakteurs bei der Preßbehörde und seine Nennung auf der Druckschrift bilden.

Vielleicht alle Gesetzgebungen, denen die Institution der verantwortlichen Redakteure bekannt ist, enthalten die Vorschrift, daß der Name des verantwortlichen Redakteurs auf jeder einzelnen Nummer der periodischen Druckschrift anzugeben ist. Überdies wird hier und da, so namentlich in dem württembergischen Preßgesetze vom 30. Januar 1817, bezw. der Verordnung vom 24. Dezember 1864, in dem sächsischen Preßgesetze vom 18. November 1848 und in dem geltenden österreichischen Rechte verordnet, daß der Name des verantwortlichen Redakteurs bei der zuständigen Preßbehörde schon im vorhinein zugleich mit der vorgeschriebenen Anzeige über die beabsichtigt Herausgabe der periodischen Druckschrift angemeldet werde. (Dasselbe wird im französischen Preßgesetze vom 29. Juli 1881 in bezug auf den gérant responsable verfügt.)

Daß der Benennung des verantwortlichen Redakteurs auf der Druckschrift an und für sich, d. h. abgesehen von seiner Bestellung, nicht die Bedeutung eines konstitutiven Elementes zukommen kann, davon war bereits oben (unter I Z. 1) bei Besprechung der bezüglichen von Schwarze und anderen vertretenen Lehre die Rede. Dem bezeichneten Momente kann aber die Eigenschaft eines konstitutiven Elementes auch nicht neben der Bestellung des verantwortlichen Redakteurs, wie v. Liszt und seine Anhänger behaupten (s. oben unter I. Z. 3), zuerkannt werden. Dies folgt wohl schon aus den praktischen Konsequenzen, zu welchen diese Lehre führt. Denn wenn die gesetzliche Qualität des verantwortlichen Redakteurs außer von seiner Bestellung auch noch von seiner Nennung auf jeder Nummer der Druckschrift abhängen würde, müßte folgerichtig eine absichtliche Nichtangabe des Namens des verantwortlichen Redakteurs auf einer Nummer, oder eine absichtliche Angabe einer andern Person, die vielleicht gar nicht existiert, bewirken, daß die Person, welche die verantwortliche Redaktion tatsächlich übernommen hat, nicht der verantwortliche Redakteur im Sinne des Gesetzes wäre, daß sie mithin auch nicht die gesetzlichen Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs hätte und daher auch wegen der Außerachtlassung derselben nicht zur Verantwortung gezogen werden könnte. Doch diese Rechtsfolgen würden unvermeidlich auch in dem Falle eintreten, wenn der Name einer anderen Person auf der Druckschrift bloß aus Versehen angegeben werden würde. Es könnte also der Drucker, sohin wohl auch der letzte Setzerlehrling im Handumdrehen den



bestellten verantwortlichen Redakteur dieser Eigenschaft, und mithin auch der damit verbundenen gesetzlichen Pflichten, namentlich seiner Sonderhaftung, entledigen, wenngleich diese letztere im gegebenen Falle vollständig begründet wäre (z. B. wenn der verantwortliche Redakteur geflissentlich den Abdruck einer Berichtigung unterlassen, oder das Verbot der Glossierung behördlicher Berichtigungen verletzt hätte).

Die gesetzliche Anordnung der Nennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte kann daher keine andere Bedeutung als die einer Ordnungsvorschrift haben, gerade so wie die vorgeschriebene Benennung sonstiger an der Herausgabe der periodischen Druckschrift beteiligter Personen (z. B. des Druckers, Herausgebers, Verlegers) und wie die frühere Vorschrift einiger Preßgesetzgebungen, wonach die der Preßbehörde vorgelegten Pflichtexemplare von dem verantwortlichen Redakteurs unterschrieben sein müssen, wie es z. B. im badischen Preßgesetze vom 28. Dezember 1831 und im § 23 des österreichischen Preßgesetzes vom 27. Mai 1852 angeordnet war und nach Art. 10 des französischen Preßgesetzes vom 29. Juli 1881 bezüglich des verantwortlichen gérant noch heute gilt.

Die vorgeschriebene Benennung des verantwortlichen Redakteurs auf jeder einzelnen Nummer der periodischen Druckschrift dient vor allem zur Information des Publikums, (namentlich um zu wissen, an wen eine Berichtigung einzusenden, gegen wen die Anklage zu richten sei u. dgl.), und dort, wo (wie z. B. in dem geltenden reichsdeutschen Rechte) eine vorläufige Anzeige des verantwortlichen Redakteurs bei der Preßbehörde nicht vorgeschrieben ist, allerdings auch zur Information der Behörde.

Nun ist aber doch die Frage zu erörtern, ob in jenen Preßgesetzgebungen, nach welchen der verantwortliche Redakteur der Preßbehörde vorläufig anzuzeigen ist, nicht wenigstens dieser Anzeige die Bedeutung eines konstitutiven Elementes neben der Bestellung zukommt? Mit anderen Worten: Ist außer der Bestellung nicht auch noch diese Anzeige erforderlich, damit jemand als verantwortlicher Redakteur im Sinne des Gesetzes angesehen werden könne?

Diese Frage ist zweifellos von Bedeutung für das österreichische Recht. Aus dem Wortlaute der bezüglichen Vorschrift des geltenden Preßgesetzes (§ 10):

> „Diese Anzeige hat folgendes zu enthalten: 2. Den Namen und Wohnort des verantwortlichen Redakteurs. . . ."

ergibt sich kaum etwas maßgebendes in der gedachten Richtung. Die Bestimmung läßt sich mit Rücksicht auf diesen Wortlaut ganz gut als eine bloße Ordnungsvorschrift deuten, gerade so wie die Bestimmung des § 9 Abs. 3, wonach der verantwortliche Redakteur auf jeder Nummer der periodischen Druckschrift zu benennen ist. Für diese Auslegung würde auch die Bestimmung des folgenden Absatzes 3 desselbn § 10 zeugen, dergemäß Veränderungen, welche während der Herausgabe in betreff eines den Gegenstand der Anzeige bildenden Punktes eintreten, mithin auch eine Änderung in der Person des verantwortlichen Redakteurs, in der Regel noch vor der weiteren Herausgabe und wenn die Veränderung eine unvorhergesehene war, binnen drei Tagen anzuzeigen sind. Denn daraus kann füglich geschlossen werden, daß nach Ansicht des Gesetzgebers eine Veränderung in der Person des verantwortlichen Redakteurs ohne vorgängige oder gleichzeitige Anzeige möglich ist.

Desungeachtet betrachtet der Kassationshof die von der Bestellung des verantwortlichen Redakteurs bei der Preßbehörde zu erstattende Anzeige offenbar als ein konstitutives Element, indem er in der Entscheidung vom 11. Mai 1894 Slg.[17]) Nr. 1796, den Grundsatz ausspricht, daß ein wirklicher Redakteur, welcher der Behörde nicht angezeigt wurde, für preßrechtliche Fahrlässigkeit nicht verantwortlich sei. (Ebenso die Entscheidung vom 15. Februar 1895, Z. 14514.) Der Vertreter der Generalprokuratur verteidigte die gegenteilige Meinung mit der Begründung, daß sonst weder der wirkliche, bei der Behörde jedoch nicht angemeldete Redakteur, noch diejenige Person, welche zwar bei der Behörde angezeigt wurde, in Wirklichkeit aber nicht Redakteur ist, verantwortlich wäre und daß der wirkliche Redakteur von der Schuld nicht deswegen losgezählt werden dürfe, weil der seine vorgängige Anzeige verordnenden Vorschrift nicht Genüge geleistet wurde.

Dieser Standpunkt des Vertreters der General-Prokuratur ist meines Erachtens richtig, doch nur unter der Voraussetzung, daß die betreffende Person nicht etwa bloß Redakteur sei (was der Vertreter der Generalprokatur offenbar für ausreichend hält), sondern daß sie als verantwortlicher Redakteur bestellt wurde, daß sie also die verantwortliche Redaktion übernommen habe. Ist dies geschehen, so hatte diese Person nach meiner Ansicht die Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs auch dann, wenn sie der Preßbehörde als verantwortlicher Redakteur nicht angezeigt worden war.

In der Regel ist wohl anzunehmen, daß, wenn ein verantwortlicher Redakteur wirklich bestellt wurde, derselbe auch bei der Behörde wird angezeigt werden und daß der Zeitungsunternehmer, welcher einen Strohmann als verantwortlichen Redakteur bei der Behörde benennen will, in Wirklichkeit keinen verantwortlichen Redakteur bestellen wird. (Auf den Unterschied zwischen dem wirklichen und dem vorgeschobenen verantwortlichen Redakteur werde ich unten noch zurückkommen.) Doch ist es wohl nicht ausgeschlossen, daß der verantwortliche Redakteur vom Zeitungsunternehmer ordnungsgemäß bestellt wurde und es nur auf ein Versehen oder einen Zufall (z. B. einen Irrtum des Schreibers oder Abschreibers der betreffenden Anzeige u. dergl.) zurückzuführen ist, wenn in der Anzeige ein anderer Name angegeben erscheint. Daß die Person, deren Name in der Anzeige tatsächlich (wiewohl unrichtig) angeführt wurde, die Pflichten und die Verantwortlichkeit des verantwortlichen Redakteurs nicht hat, kann keinem Zweifel unterliegen; denn diese Person — falls sie überhaupt existiert — wurde zum verantwortlichen Redakteur gar nicht bestellt. Ob aber wohl derjenige, welcher die Führung der verantwortlichen Redaktion und daher auch die damit verbundenen Pflichten wirklich übernommen hat, von der Haftung deswegen befreit werden soll, weil in der Anzeige durch ein Versehen ein anderer Name angeführt wurde? Das würde zweifellos sowohl den Intentionen des Gesetzgebers, als auch den Bedürfnissen der Praxis widersprechen.

Was aber von dem Falle gilt, wo die Nichtanzeige des Namens des wirklich bestellten verantwortlichen Redakteurs bloß auf ein Versehen oder einen Zufall zurückzuführen ist, muß folgerichtig auch dann Rechtens sein, wenn die Anzeige wissentlich unterlassen wurde, wenn also

[17]) Slg. hier und im folgenden = die von Dr. R. Nowak begründete Sammlung der Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- und Kassationshofes.



der bestellte verantwortliche Redakteur geflissentlich bei der Behörde nicht angemeldet oder wenn anstatt seiner wissentlich ein anderer angezeigt wurde.

Daraus ergibt sich, daß auch der Vorschrift des österreichischen Preßgesetzes, welche die vorläufige Anzeige des verantwortlichen Redakteurs an die Behörde verordnet, die Bedeutung einer bloßen Ordnungsvorschrift zukommt, gerade so, wie der Anordnung der Nennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte und wie der Vorschrift, wonach auch andere an der Herausgabe der periodischen Druckschrift beteiligte Personen (der Drucker, der Verleger) der Behörde vorher anzuzeigen sind.

Von diesem Grundsatze bildet keine Ausnahme auch der oben (unter IV) erwähnte Fall, wenn nämlich der Herausgeber des Blattes sich selbst als verantwortlichen Redakteur bei der Behörde benennt. Denn auch hier liegt, wie wir gesehen haben, das konstitutive Moment der verantwortlichn Redaktion nicht in dieser Anzeige, sondern in der Übernahme der verantwortlichen Redaktion durch den Herausgeber, d. i. in seinem Entschlusse, selbst verantwortlicher Redakteur sein zu wollen, dessen bloße äußere Betätigung und Folge jene Anzeige ist.

Aus dem Angeführten ergibt es sich, daß auch nach dem österr. Recht ein einziges konstitutives Moment der verantwortlichen Redaktion erübrigt, nämlich die Bestellung des verantwortlichen Redakteurs durch den Zeitungsunternehmer bzw. die Übernahme dieser Funktion durch den verantwortlichen Redakteur. Alerdings ist der bestellte verantwortliche Redakteur nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Preßbehörde vorher anzuzeigen und außerdem auf jeder Nummer der periodischen Druckschrift zu benennen. Ist aber das eine oder das andere nicht geschehen, ist also statt des bestellten verantwortlichen Redakteurs jemand anderer oder überhaupt niemand benannt worden, so hat dies auf die rechtliche Stellung der bestellten Person als verantwortlichen Redakteurs, also auch auf ihre Verantwortlichkeit keinen Einfluß. Die bei der Behörde gemachte Anzeige oder die Benennung auf dem Blatte stimmt hier einfach mit der Wirklichkeit nicht überein und ist somit unter Umständen strafbar (§ 9, letzter Abs., § 10 PrG.).

Wenn nun die Bestellung des verantwortlichen Redakteurs bzw. die Übernahme dieser Funktion ihr einziges Begriffserfordernis darstellt, verursacht auch die Frage, wie lange diese Funktion dauert, keine Schwierigkeiten. Denn wie wir oben gesehen haben, ist dazu, um verantwortlicher Redakteur zu werden, ein gegenseitiges Übereinkommen zwischen einer Person und dem Zeitungsunternehmer bezüglich der Übernahme dieser Funktion erforderlich. Der Zeitungsunternehmer überträgt jemandem die Führung der verantwortlichen Redaktion und dieser übernimmt dieselbe. Hieraus folgt, daß der Bestellte so lange verantwortlicher Redakteur bleibt, als das eben bezeichnete gegenseitige Einverständnis dauert. Weil aber ein Einverständnis schon infolge des Dissenses einer der beiden Teile aufhört, ist zum Erlöschen der verantwortlichen Redaktion nicht etwa ein Übereinkommen der beiden beteiligten Personen in dieser Beziehung erforderlich, sondern es genügt der einseitige Rücktritt einer oder der anderen. Der verantwortliche Redakteur hört sonach auf, verantwortlicher Redakteur zu sein, sobald er vom Zeitungsunternehmer entlassen wurde, oder selbst die

verantwortliche Redaktion niedergelegt hat. Ob dieser oder jener zufolge dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrage dazu berechtigt war, oder nicht, ist in der gedachten Richtung völlig belanglos. Ebenfalls ist die Wirksamkeit eines solchen Schrittes nicht davon abhängig, ob die eingetretene Änderung der Preßbehörde oder in dem Blatte angezeigt wurde. Das ergibt sich wohl zur Genüge aus dem von der rechtlichen Bedeutung dieser Anzeige Gesagten.

Wenn der Herausgeber einer Zeitung selbst verantwortlicher Redakteur ist, reicht es zum Erlöschen dieser seiner Funktion aus, wenn er der Preßbehörde anzeigt, daß er in Hinkunft nicht mehr verantwortlicher Redakteur sein werde. Ob er gleichzeitig einen anderen verantwortlichen Redakteur benannt hat oder nicht, ist in dieser Beziehung ohne Belang. Doch auch hier ist festzuhalten, daß der Rechtsgrund des Erlöschens der Eigenschaft des verantwortlichen Redakteurs nicht in der gedachten Anzeige gelegen ist, sondern in dem bezüglichen Entschlusse des Herausgebers, welcher durch diese Anzeige sich nur nach außen hin offenbart. Hieraus folgt, daß, wenn dieser Entschluß sich in einer andern ausreichenden Weise, z. B. dadurch manifestiert hat, daß der Herausgeber an seiner Stelle einen anderen verantwortlichen Redakteur bestellte, er selbst auch dann aufhört, verantwortlicher Redakteur zu sein, wenn diese Veränderung der Preßbehörde nicht angezeigt wurde. Dafür läßt sich nach österr. Recht die Bestimmung des § 10 Abs. 3 PrG. anrufen.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die als verantwortlicher Redakteur bestellte Person es nicht aufhört zu sein deswegen, weil sie *ihre Funktion nicht ausübt*, d. h. den ihr gesetzlich auferlegten Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Prüfung des Inhaltes der periodischen Druckschrift in strafrechtlicher Beziehung nicht nachkommt. Dies folgt schon daraus, daß das Wesen der preßrechtlichen Fahrlässigkeit gerade in der Außerachtlassung dieser Obliegenheit seitens des verantwortlichen Redakteurs gelegen ist. Wenn er mithin bei Vernachlässigung seiner Pflichten aufhören würde, verantwortlicher Redakteur zu sein, könnte er logischerweise für preßrechtliche Fahrlässigkeit nicht bestraft werden.

Der verantwortliche Redakteur kann sich seiner gesetzlichen Obliegenheiten auch dadurch nicht entledigen, daß er vorübergehend einen Vertreter für sich bestellt. Anders würde sich die Sache in dem Falle verhalten, wenn ein solcher Stellvertreter vom Zeitungsunternehmer selbst oder wenigstens mit seiner Zustimmung bestellt worden wäre. Dann würde die Frage zu stellen sein, ob nicht geradezu eine Übertragung der verantwortlichen Redaktion, mithin die Bestellung eines andern verantwortlichen Redakteurs, wenn auch nur für eine im vorhinein beschränkte Zeit beabsichtigt und auch bewerkstelligt wurde. Das ist wohl eine Frage des einzelnen Falles.

Einen solchen Fall hat offenbar § 10 Abs. 3 des österr. Entwurfes vom Jahre 1902 im Auge, wenn er bestimmt, daß in dem Falle einer zeitweiligen Verhinderung des verantwortlichen Redakteurs an der Führung der (scil. verantwortlichen) Redaktion oder seiner zeitweiligen Unfähigkeit hierzu, vom Herausgeber für die Dauer der Verhinderung ein Stellvertreter zu bestellen ist, auf welchen dann während der Dauer seiner Führung der verantwortlichen Redaktion die auf den verantwortlichen Redakteur sich beziehenden Vorschriften anzuwenden sind. Nun kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß in einem solchen Falle verantwort-

licher Redakteur im Sinne des Preßgesetzes nicht die ursprünglich bestellte, zur Zeit verhinderte oder unfähige Person, sondern der sogenannte Stellvertreter ist. Es liegt somit in Wirklichkeit eine Änderung in der Person des verantwortlichen Redakteurs vor und ist es wahrlich nicht abzusehen, warum das im Entwurfe nicht ohne weiteres gesagt wird. Gilt ja doch von dem Stellvertreter in formeller wie sachlicher Beziehung alles, was von dem verantwortlichen Redakteur angeordnet ist. Jedenfalls muß er auch die die Fähigkeit zur verantwortlichen Redaktion bedingenden Eigenschaften (§ 10, Abs. 2) besitzen, was nach der vorliegenden Fassung des zitierten § 10, Abs. 3 Entw. zweifelhaft erscheinen könnte. Mit der Annahme einer bloßen Stellvertretung wird somit die Sache nur überflüssigerweise kompliziert.

VI.

Es dürfte angezeigt sein, nun kurz auf jene Einwendungen einzugehen, welche von verschiedenen Seiten gegen die hier vertretene Anschauung, wonach in der Bestellung des verantwortlichen Redakteurs das einzige konstitutive Element dieser Institution zu erblicken ist, vorgebracht wurden.[18])

Wenn sich die Gegner dieser Ansicht auf die Entwicklungsgeschichte der Einrichtung der verantwortlichen Redakteure berufen, so ist mit Rücksicht auf das oben (unter II) in dieser Richtung Vorgebrachte zu entgegnen, daß der Werdegang dieser Institution mit den bisher gewonnenen Grundsätzen durchaus nicht im Widerspruche steht.

Weiter wird eingewendet, daß der Begriff des Unternehmers bzw. Eigentümers einer periodischen Druckschrift, von welchem nach unserer Ansicht die Bestellung des verantwortlichen Redakteurs abhängt, dem Preßgesetze unbekannt ist. Das ist wohl wahr. Denn im österr. Preßgesetz geschieht ebensowenig, wie im reichsdeutschen, Erwähnung von dem Eigentümer oder Unternehmer der periodischen Druckschrift.[19]) Und wenn das österr. Urheberrechtsgesetz vom 26. Dezember 1895, Nr. 197 RGBl. in den §§ 17—19 und auch sein Vorgänger, das Patent vom 19. Oktober 1846, Nr. 992 IGS. (vgl. namentlich § 1) vom Eigentum an literarischen Werken sprechen, so haben sie zweifellos ein ganz anders geartetes Recht im Sinne; und zwar wird in dem letzteren Gesetze darunter schlechthin das Urheberrecht, in dem ersteren das Eigentumsrecht an dem literarischen Erzeugnisse als einer körperlichen Sache im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs verstanden, also ein Recht, dessen Gegenstand zwar auch eine periodische Druckschrift bilden kann, jedoch bloß insofern es sich um die bereits durch

---

[18]) Solche Einwendungen wurden namentlich von Kloeppel, cit. 364, Buri, in der Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft, Bd. 16, S. 48, Sládeček, cit. 59, Schwarze-Appelius, Reichspreßgesetz, 4. Aufl., 48 und Gaze, in Goltd. Archiv f. Stfr., Bd. 52, S. 536, erhoben. Vgl. auch die Ausführungen des Vertreters der Reichsanwaltschaft bei der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. April 1903. Entsch. Bd. 36, Nr. 79 (S. 215).

[19]) § 19 Abs. 2 des Regierungsentwurfs zum Reichspreßgesetze erklärte neben dem Verleger einer periodischen Druckschrift auch den Eigentümer als straffällig, wenn er wissentlich geschehen läßt, daß auf derselben eine Person fälschlich als verantwortlicher Redakteur benannt wird. Doch wurde diese Bestimmung im § 18 des Gesetzes auf den Verleger eingeschränkt (vgl. die Materialien in Goltd. Archiv, Bd. 22, S. 166, 178 u. 187).



Druck veröffentlichten oder wenigstens handschriftlich für die Veröffentlichung vorbereiteten Nummern oder Hefte handelt.

Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß die Herausgabe von periodischen Druckschriften (Zeitungen, Zeitschriften) so, wie sie sich im Laufe der Zeit herausgebildet hat, eine Unternehmung ist, welche einen nach Umständen sehr bedeutenden Vermögenswert repräsentiert, daß sie — gleich wie eine Handels-, Gewerbe- oder Fabriksunternehmung — einen Vermögensbestandteil der berechtigten, sei es physischen, sei es juristischen Person bildet und daß dieser Berechtigte, ebenso wie ihm das Dispositionsrecht über die ganze Unternehmung nach außen hin (durch Veräußerung, Verpfändung u. dergl.) zukommt, zweifellos auch befugt ist, alle ihm geeignet scheinenden inneren organisatorischen und administrativen Verfügungen zu treffen. Zu diesen gehört namentlich auch die Aufnahme des erforderlichen Redaktionspersonals. Hieraus ergibt sich, daß es Sache des Zeitungsunternehmers ist, auch den verantwortlichen Redakteur zu bestellen und, wenn es das Gesetz verlangt, den Namen desselben der Preßbehörde mitzuteilen. Besteht — wie im geltenden österreichischen Preßgesetze — die Vorschrift, daß die beabsichtigte Herausgabe einer periodischen Druckschrift der Preßbehörde vorher anzuzeigen sei, so ist selbstredend auch das eine Pflicht des Zeitungsunternehmers, woraus folgt, daß der Unternehmer in diesem Sinne und der Herausgeber des österr. Rechtes, welchem im § 10 PrG. die eben bezeichnete Pflicht auferlegt wird, in der Regel — wenn auch nicht notwendig — zusammenfallen.

Ganz klar spiegelt sich die hier vertretene Ansicht in dem österr. Regierungsentwurfe vom Jahre 1902 ab, welcher im dritten Absatze des § 10 die Verpflichtung zur Bestellung eines Stellvertreters des verantwortlichen Redakteurs im Falle seiner zeitweiligen Verhinderung oder seiner zeitweiligen Unfähigkeit, ebenso wie die Pflicht zur Anzeige desselben an die Preßbehörde, ausdrücklich dem Herausgeber überträgt. In dem Ausschußentwurf vom Jahre 1906 kommt übrigens auch der Eigentümer einer periodischen Druckschrift vor, indem er im § 30, Abs. 3 neben dem Herausgeber derselben für die aus Anlaß einer durch die Druckschrift begangenen strafbaren Handlung verhängten Geldstrafen haftbar gemacht wird.

Wenn dagegen das geltende Preßgesetz den Eigentümer oder Unternehmer einer periodischen Druckschrift nicht ausdrücklch erwähnt und ihm keine besonderen Pflichten auferlegt, so beweist dies meines Erachtens nur soviel, daß es für den Gesetzgeber grundsätzlich gleichgültig ist, in wessen vermögensrechtliche Sphäre das Unternehmen fällt. Diese Erscheinung ist aber für die Lösung unseres Problems gerade so belanglos, wie es beispielsweise vom strafrechtlichen Gesichtspunkte ohne Bedeutung ist, wenn das Strafgesetz nichts vom Unternehmer oder Eigentümer eines Bergwerkes, einer Dampfschiffahrts-, Fabriksunternehmung u. dgl. erwähnt, obgleich der Maschinist und andere von denselben bestellte Personen nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung einer verschärften strafrechtlichen Sonderhaftung unterliegen.

Hiermit hängt in gewissem Maße eine andere Einwendung zusammen, welche darin gipfelt, daß nach der von uns vertretenen Meinung die Bestellung des verantwortlichen Redakteurs einen privatrechtlichen Vertrag zur Voraussetzung hat, von dessen Schicksalen, insoweit sie seine Gültigkeit und Fortdauer tangieren, dann notwendigerweise

auch die rechtliche Stellung und Haftung des verantwortlichen Redakteurs abhängen würden.

Demgegenüber wird jedoch von anderer Seite (Bülow, G. Archiv f. Stfr. B. 43 cit.) wohl mit Recht darauf hingewiesen, daß es keine ungewöhnliche Erscheinung ist, wenn einem privatrechtlichen Verhältnisse eine wichtige strafrechtliche Bedeutung zukommt.

Übrigens ist, wie wir oben gesehen haben, von Belang bloß das Übereinkommen des Zeitungsunternehmers mit einer zweiten Person in der Beziehung, daß jener die Führung der verantwortlichen Redaktion auf diese überträgt und daß diese die gedachte Funktion übernimmt. Insofern dieses Übereinkommen zustande gekommen ist und solange es besteht, sind der übrige Inhalt, die Bedingungen und Schicksale des Dienstvertrages, wenn ein solcher überhaupt geschlossen wurde, für die rechtliche Stellung des angestellten verantwortlichen Redakteurs ohne Bedeutung.

Endlich wird auf die bedeutenden Schwierigkeiten hingewiesen, welche die hier verfochtene Theorie in der Praxis zeitigen würde, da, um die als verantwortlichen Redakteur benannte Person zur Verantwortung ziehen zu können, in jedem Falle erst der Beweis erbracht werden müßte, daß diese Person wirklich als verantwortlicher Redakteur bestellt wurde. Doch dieser Beweis dürfte gewiß keine größeren Schwierigkeiten verursachen, als beispielsweise der Beweis, daß jemand die Funktion des Redakteurs bzw. des verantwortlichen Redakteurs in Ansehung einer bestimmten beanstandeten Nummer tatsächlich ausgeübt habe. Dieser Beweis wäre offenbar nach der oben unter Z. I. 2 bezeichneten Theorie erforderlich, und selbt die Vertreter der unter Z. I. 1. bezeichneten Lehre, welche die Benennung des verantwortlichen Redakteurs auf der Druckschrift als ausschließlich entscheidend betrachten und mithin rücksichtlich der Beweisführung den bequemsten Standpunkt einnehmen, müssen zugeben, daß auch bei Festhaltung ihrer Ansicht Beweisschwierigkeiten dann entstehen können, wenn die benannte Person behauptet, daß die Nennung mit der Wahrheit nicht übereinstimme, z. B. deswegen, weil sie ohne ihr Wissen und ihre Zustimmung erfolgt sei.

Solche Schwierigkeiten werden sich wahrscheinlich immer einstellen, wenn der beschuldigte verantwortliche Redakteur die Richtigkeit seiner Benennung auf dem Blatte in Abrede stellt, mag man sich an diese oder jene Ansicht halten.

Übrigens ist die Nennung des verantwortlichen Redakteurs auf dem Blatte — ebenso wie seine vorherige Anzeige bei der Behörde — selbst nach unserer Meinung, wenn ihr auch keine konstitutive, sondern bloß eine deklarative Bedeutung zukommt, in der Praxis nicht etwa völlig bedeutungslos. Sie wird in der Regel eine wichtige Grundlage für die richterliche Überzeugung, gewissermaßen eine faktische Vermutung dafür bilden, daß die benannte Person wirklich als verantwortlicher Redakteur bestellt wurde, eine Vermutung, zu deren Widerlegung kaum eine bloße, auf irgend welche Tatsachen und Beweise nicht gestützte Behauptung des Beschuldigten, die Benennung stimme mit der Wirklichkeit nicht überein, ausreichen dürfte.

VII.

Die Achillesferse der Institution der verantwortlichen Redakteure bildet seit jeher das Unwesen der sog. Scheinredakteure, d. i. solcher Personen, welche an der Redaktion tatsächlich keinen Anteil

nehmen, vielmehr nur zu dem Zwecke vorgeschoben werden, damit der gesetzlichen Anordnung der Nennung des verantwortlichen Redakteurs formell entsprochen sei. Solchen Personen fällt dann auch die nicht gerade angenehme Aufgabe zu, die durch den strafbaren Inhalt des Blattes heraufbeschworenen Freiheitsstrafen für den wirklichen Schuldigen abzubüßen.

Naturgemäß traten dergleichen Erscheinungen umso öfter auf, je strenger die gesetzlichen Bestimmungen über die Redakteursverantwortlichkeit waren und je häufiger und intensiver sie in der Praxis zur Anwendung kamen.

Diese die Intensionen des Gesetzgebers durchkreuzenden Erscheinungen konnten ihn freilich nicht kühl lassen, vielmehr riefen sie das begreifliche Streben hervor, dem bezeichneten Unfug zu steuern. Darauf zielen vor allem jene Bestimmungen des Preßgesetzes ab, welche es für straffällig erklärten, wenn die Benennung des verantwortlichen Redakteurs (auf dem Blatte bzw. bei der Behörde) der Wahrheit nicht entspricht. Doch solche Vorschriften erwiesen sich als ein durchaus ungenügendes Mittel zur Bekämpfung des besprochenen Mißstandes und zwar einerseits aus dem Grunde, weil die auf eine falsche Benennung des verantwortlichen Redakteurs gesetzten Strafen als bloße Ordnungsstrafen meistenteils weit hinter den wegen strafbaren Inhalts angedrohten Übeln zurückbleiben, andererseits auch wegen der Schwierigkeiten, denen der Beweis, daß der verantwortliche Redakteur ein Strohmann sei, vorkommenden Falls begegnet.

Die Erfahrung hat gelehrt, daß es Individuen recht zweifelhaften Charakters zu sein pflegen, welche sich zu dieser ebenso unwürdigen als heiklen Aufgabe herbeilassen und daß ihnen namentlich jene Bildung zumeist abgeht, welche die Führung der Redaktion einer Zeitung oder Zeitschrift überhaupt bzw. des gerade in Frage kommenden Blattes voraussetzt. Deswegen erblicken einige den charakteristischen Unterschied zwischen einem wirklichen und einem vorgeschobenen verantwortlichen Redakteur eben darin, ob die betreffende Person zumindest eine solche Bildung aufweise, um zum Redigieren des Blattes befähigt zu sein. Dieser Bildungsgrad pflegt geradezu als ein Begriffsmerkmal, als eine conditio sine qua non der verantwortlichen Redaktion erklärt, und die ausdrückliche Festlegung dieses Erfordernisses im Gesetze befürwortet zu werden.[20]) Tatsächlich ist dies in einigen Preßgesetzgebungen geschehen, so namentlich in dem österreichischen Preßgesetz vom 27. Mai 1852, welches im § 12 Abs. 2 bestimmt, der verantwortliche Redakteur müsse „eine tadellose Moralität und jenen Grad wissenschaftlicher Bildung besitzen, welcher[21]) die Leitung eines literarischen Unternehmens voraussetzt."

Doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Bestimmung geeignet erscheint, die Preßfreiheit zu gefährden, und daß sie praktisch kaum durchführbar sein dürfte, ganz abgesehen davon, daß hier kein Unterschied gemacht wird zwischen der Fähigkeit zu redigieren und der Fähigkeit zur Führung der verantwortlichen Redaktion, wiewohl das, wie weiter unten noch klargestellt werden soll, keineswegs

---

[20]) Vgl. Loening, l. c., 37, Kloeppel, Reichspreßrecht, 203, dagegen Berner, Preßrecht, 213 und Lentner, Die Grundlagen des Preßstrafrechts, 66.

[21]) Richtiger wohl: welchen.



identische Begriffe sind Übrigens läßt sich mit einer solchen Vorschrift kaum mehr erzielen, als daß künftighin eben nur Strohredakteure mit dem gesetzlichen Bildungsminimum Verwendung fänden.

Mit Recht wird daher in den modernen Preßgesetzgebungen die Fähigkeit zur Versehung einer verantwortlichen Redaktion nicht mehr von dem Bildungsgrad abhängig gemacht, und es ist nur zu billigen, daß die gedachte Vorschrift des österreichischen Preßgesetzes vom Jahre 1852 in dem geltenden Preßgesetze nicht mehr Aufnahme gefunden hat.

Übrigens darf nicht übersehen werden, daß der Abgang eines der die Fähigkeit zur verantwortlichen Redaktion gesetzlich bedingenden Erfordernisse noch nicht präjudiziell ist für die Frage, ob der Unfähige, welcher die Funktion des verantwortlichen Redakteurs übernommen hat, trotzdem als verantwortlicher Redakteur anzusehen sei oder nicht. Es wäre wohl durchaus nicht widersinnig, zu verlangen, daß derjenige, welcher ungeachtet mangelnder gesetzlicher Fähigkeit die verantwortliche Redaktion übernommen hat, indem er diesen Mangel verheimlichte, oder vielleicht selbst von ihm nicht wußte, die gesetzlich dem verantwortlichen Redakteur auferlegten Pflichten erfülle und für deren Nichterfüllung zur Verantwortung gezogen werden könne. Diese Ansicht ist selbst *de lege lata* nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Wäre es denn etwa nach österreichischen Rechte gar so absurd, einen zum verantwortlichen Redakteur bestellten Minderjährigen oder Ausländer für die Nichtveröffentlichung einer Berichtigung oder für eine preßrechtliche Fahrlässigkeit zu bestrafen, die er sich zu Schulden kommen ließ, bevor noch die Preßbehörde, event. der Zeitungsherausgeber, oder vielleicht auch der Benannte selbst von dem gedachten Mangel erfahren haben und die geeignete Verfügung getroffen wurde?[22])

Daher wäre es umso verfehlter, aus der — sei es gesetzlichen, sei es faktischen — Unfähigkeit der als verantwortlicher Redakteur benannten Person, ohne weiteres den Schluß ziehen zu wollen, daß man es mit einem Scheinredakteur zu tun habe. Allerdings kann aber die bezeichnete Tatsache nach Umständen einen wichtigen Wegweiser bilden für die richterliche Überzeugung davon, daß ein Strohmann benannt wurde. (So richtig die Entscheidungen des Kassationshofes Slg. Nr. 166 und 1149.)

Das wirksamste Mittel gegen das Unwesen der Scheinredakteure ist wohl ein liberales Preßgesetz und ein eben solches Strafgesetz, sowie eine liberale Handhabung derselben in der Praxis. Je mehr sich die strafgerichtliche Verfolgung der Presse auf unvermeidliche Fälle beschränken, je ängstlicher alles vermieden werden wird, was den Eindruck einer unbegründeten Mundsperre oder Schikane hervorrufen könnte, umso weniger werden anständige Elemente Ursache haben, dem Kampfe mit offenem Visier auszuweichen und zu so einem obskuren Mittel, wie es das Verstecken hinter einem Strohmanne ist, Zuflucht zu nehmen.

Daß dieser Unfug dadurch gänzlich ausgerottet werden könnte, wage ich freilich nicht zu behaupten. Deshalb wird die Preßgesetzgebung einer Bestimmung, welche die *wahrheitswidrige* Benennung des verantwortlichen Redakteurs unter Strafe stellt, kaum entraten können. Der

---

[22]) Diese Meinung wird *de lege ferenda* von *Friedmann*, Vorschläge zur Umgestaltung des österr. Preßrechtes, S. 26, vertreten. Vgl. auch die Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur bei der Entscheidung des Kassationshofes Slg. Nr. 1796.



Wissenschaft fällt aber die Aufgabe zu, festzustellen, wann eine Nennung des verantwortlichen Redakteurs wahrheitswidrig ist.

Zweifellos ist es, daß eine Benennung des verantwortlichen Redakteurs der Wahrheit nicht entspricht, wenn der Benannte in Wirklichkeit nicht verantwortlicher Redakteur ist, d. i. wenn er als verantwortlicher Redakteur gar nicht bestellt wurde. Dieser Fall tritt namentlich dann ein, wenn die Nennung ohne ausdrücklich oder wenigstens stillschweigend getroffenes Übereinkommen mit dem Benannten, namentlich etwa ohne sein Wissen oder gar gegen seinen Willen erfolgt ist. Davon war schon oben die Rede, und kann in dieser Beziehung wohl kaum ein Zweifel bestehen. Dieser in der Praxis übrigens recht seltenen Eventualität könnte meines Erachtens mit Erfolg durch die Bestimmung begegnet werden, wonach zugleich mit der Anzeige des verantwortlichen Redakteurs bei der Preßbehörde seine eigenhändig (eventuell in beglaubigter Form) unterschriebene Erklärung, daß er die verantwortliche Redaktion übernehme, vorzulegen wäre.

Doch der Kern des gegenständlichen Problems liegt anderswo, nämlich in der Frage, ob eine mit Wissen und Willen einer Person erfolgte Benennung derselben als verantwortlicher Redakteur wahrheitswidrig sein könne und wann sie es sei. Es handelt sich um den Fall, daß die benannte Person die verantwortliche Redaktion formell zwar übernommen hat, in Wirklichkeit aber verantwortlicher Redakteur nicht ist, mithin um eine Eventualität, an die man eben zu denken pflegt, wenn von einem Strohmanne die Rede ist.

Welches ist das charakteristische Merkmal dieses Falles? Worin liegt das Kriterium, welches einen solchen vorgeschobenen verantwortlichen Redakteur vom wirklichen verantwortlichen Redakteur unterscheidet?

Diese Frage bildet meines Erachtens zugleich einen Prüfstein der Richtigkeit und Brauchbarkeit jeder über den Begriff des verantwortlichen Redakteurs aufgestellten Theorie. Sie wird je nach der verschiedenen Grundansicht verschiedenartig beantwortet.

In der schwierigsten Lage befindet sich jene Lehre, welche das einzige Begriffsmerkmal des verantwortlichen Redakteurs in seiner Nennung auf dem Blatte erblickt (vgl. oben I. 1). Führt doch diese Ansicht, wie wir oben bereits gesehen haben, unausweichlich zu der gewiß unhaltbaren Konsequenz, daß der Benannte in jedem Falle verantwortlicher Redakteur ist, und daß somit von der Nennung eines Strohmannes gar nicht die Rede sein kann.

Nach der zweiten Theorie, welche als verantwortlichen Redakteur ohne Rücksichtnahme auf die Nennung diejenige Person ansieht, die bezüglich einer bestimmten Nummer die Redaktionstätigkeit wirklich ausgeübt hat (vgl. oben I. 2), trifft der Fall eines vorgeschobenen verantwortlichen Redakteurs dann zu, wenn der Benannte diese Tätigkeit in betreff der Nummer, auf welcher er benannt ist, nicht ausgeübt hat. Diese Lösung könnte auf den ersten Blick vielleicht dort befriedigen, wo ein einziger, das ganze Blatt allein redigierender Redakteur in Betracht kommt; doch sobald wir eine aus mehreren Personen bestehende Redaktion ins Auge fassen, kommt die besprochene Lehre in arge Verlegenheit. Denn dann müssen wir sofort die Frage stellen: von welcher Beschaffenheit ist die Redaktionstätigkeit, welche der Benannte ausgeübt haben muß, um nicht

als Strohmann angesehen zu werden? Daß es nicht gerade die Tätigkeit eines Chefredakteurs zu sein braucht, wird wohl einmütig anerkannt. Ist es also etwa nötig, daß er einen besonders wichtigen und bezeichnenden Teil der Druckschrift (z. B. den Leitartikel oder andere politische Artikel in einem politischen Blatte) redigiere oder genügt es, wenn er überhaupt irgend einen Abschnitt der Zeitung, etwa bloß das Feuilleton, oder gar nur die Annoncenabteilung redigiert?[23]) Wie man sieht, würde diese Ansicht dem Unwesen der Scheinredakteure einen nicht minder sicheren Deckmantel als die an erster Stelle erwähnte Theorie bieten.

Nach v. Liszts Theorie (vgl. oben I. 3) muß als Scheinredakteur derjenige angesehen werden, welcher auf dem Blatte als verantwortlicher Redakteur benannt wurde, ohne daß ihm in Wirklichkeit die Oberaufsicht über den Gesamtgang der Redaktionsgeschäfte nach der Richtung hin übertragen worden wäre, daß er den Inhalt jeder Nummer auf seine etwaige kriminelle Bedeutung zu prüfen hätte. Denselben Standpunkt nimmt offenbar auch Bülow (vgl. oben I. 4) ein.[24])

Doch weder v. Liszt noch Bülow beschäftigen sich mit dieser Frage eingehender, wiewohl die eben aus ihrer Lehre abgeleitete Schlußfolgerung das Wesen der Sache meines Erachtens nicht erschöpft, vielmehr nicht nur einer entsprechenden Klarstellung und Vertiefung, sondern auch einer Berichtigung und Vervollständigung bedarf. Pflegt doch auch dem Scheinredakteur formell die Oberaufsicht über die Redaktionsgeschäfte in der gedachten Richtung übertragen zu sein. Der Umstand aber, daß er diese Aufsicht tatsächlich nicht ausübt, ist für unsere Frage grundsätzlich ohne Bedeutung. Denn eine solche Nichtausübung der Aufsichtspflicht ist ja auch bei einem echten veranwortlichen Redakteur möglich. Der verantwortliche Redakteur begeht dadurch nach Umständen eine preßrechtliche Fahrlässigkeit; doch seine Stellung als verantwortlicher Redakteur wird dadurch nicht berührt. Aus diesem Grunde kann die Nichtausübung der Redaktionsaufsicht eine Handhabe zur grundsätzlichen Unterscheidung des vorgeschobenen und des echten verantwortlichen Redakteurs nicht bieten.

Stellen wir uns nachstehenden, wohl im Bereiche praktischer Möglichkeit liegenden Fall vor.

Ein Ausländer beabsichtigt bei uns eine Zeitschrift herauszugeben. Da weder er noch jemand von seinem Redaktionspersonale mit unserem Strafgesetze vertraut ist, und er einen Konflikt mit demselben gern vermeiden wollte, bestellt er einen des Strafgesetzes kundigen Inländer, der nach gegenseitiger Übereinkunft die für die Zeitschrift bestimmten Artikel vor der Drucklegung dahin zu prüfen hat, ob sie vom strafrechtlichen Gesichtspunkte unbedenklich sind. Sollte er in dieser Beziehung einen Anstand haben, ist er verpflichtet, den Zeitungsunternehmer darauf auf-

---

[23]) Tatsächlich wurde bei Beratung des § 19 des Regierungsentwurfs des reichsdeutschen Preßgesetzes in der Kommission von verschiedenen Seiten darauf aufmerksam gemacht, daß sehr häufig der eigentliche geistige Leiter eines großen publizistischen Unternehmens die unmittelbaren Redaktionsarbeiten nicht besorge, daß es aber andererseits genügen müsse, wenn der genannte Redakteur wirklich eine an der Redaktionsarbeit beteiligte Persönlichkeit ist. Vgl. die Materialien in Goltd. Archiv, Bd. 22, S. 188. Nach dieser Ansicht könnte also beispielsweise eine an dem Redigieren der Lokalnachrichten beteiligte Person ohne weiteres als verantwortlicher Redakteur selbst des größten politischen Tageblattes benannt werden.

[24]) Goltd. Archiv f. Stfr., Bd. 43, S. 327.



merksam zu machen, damit dieser in der Lage sei, die Aufnahme des beanstandeten Artikels bezw. der beanstandeten Stelle in das Blatt zu verhindern.

Kann man in der Anstellung dieses Inländers mit der bezeichneten Verpflichtung die Bestellung eines verantwortlichen Redakteurs erblicken? Ist dieser Mann wirklich verantwortlicher Redakteur?

Meines Erachtens keineswegs, falls sich die Sache ganz so verhält, wie dargelegt wurde, d. h. wenn dieser Angestellte bloß sein Gutachten dem Zeitungsunternehmer abzugeben hat, und dieser sodann selbst auf die Gestaltung des Inhaltes der Druckschrift entsprechenden Einfluß nimmt, mag er sich auch in jedem Falle genau nach diesem Gutachten richten. Solange das Verhältnis der beiden so beschaffen ist, kann man den in Rede stehenden Angestellten nicht als verantwortlichen Redakteur, vielmehr bloß als Rechtskonsulenten des Unternehmers, ansehen. Etwas anderes wäre es, wenn diesem Angestellten eine unmittelbare Einflußnahme auf den Inhalt der Druckschrift dahin eingeräumt wäre, um die Aufnahme alles dessen, was er vom strafgesetzlichen Standpunkte für anstößig hält, selbst verhindern zu können.

Doch auch dies würde noch nicht genügen. Der verantwortliche Redakteur hat nämlich, wie bereits oben dargelegt wurde, noch andere Pflichten als diese negative, ihm vom Gesetz zwar ausdrücklich nicht aufgetragene, doch aus den Strafnormen über die preßrechtliche Fahrlässigkeit abzuleitende Aufgabe, zu verhindern, daß in der Druckschrift nichts seinem Inhalte nach Strafgesetzwidriges vorkomme. Dem verantwortlichen Redakteur kommen rücksichtlich des Inhaltes der Druckschrift auch positive Aufgaben zu, namentlich ist er verpflichtet, für eine ordnungsmäßige Veröffentlichung von Berichtigungen und amtlichen Bekanntmachungen, insoweit diese Verpflichtung im Gesetze ausgesprochen ist, Sorge zu tragen. Er ist ferner selbstredend auch legitimiert und verbunden, solche Berichtigungen und Bekanntmachungen zu diesem Zweck in Empfang zu nehmen. Deswegen genügt es wohl nicht, daß der verantwortliche Redakteur in der Lage sei, durch seinen Einfluß die Aufnahme eines strafgesetzwidrigen Inhaltes in die Druckschrift zu verhindern, sondern er muß imstande sein, auch den übrigen ihm vom Gesetze auferlegten Pflichten nachzukommen, speziell also nach dem österreichischen Rechte die für den Druck bestimmten amtlichen und privaten Berichtigungen, sowie Verfügungen und Erkenntnisse der Strafgerichte und sonstigen amtlichen Erlässe (§§ 19 und 20 PrG.) zu übernehmen und für ihre gehörige Veröffentlichung zu sorgen.

In materieller Beziehung charakterisiert also den verantwortlichen Redakteur gerade der Umstand, daß ihm auf die Gestaltung des Inhaltes der periodischen Druckschrift sowohl in negativer als in positiver Richtung zumindest ein solcher Einfluß zusteht, um allen ihm vom Gesetze hinsichtlich des Inhaltes der Druckschrift auferlegten Pflichten Genüge leisten zu können.

Daraus ergibt sich mit genügender Klarheit der Begriff des verantwortlichen Redakteurs; er hat eine doppelte Voraussetzung, eine formelle und eine materielle. In formeller Beziehung ist es nötig, daß jemand die verantwortliche Redaktion übernommen habe; in materieller Hinsicht aber muß derselbe einen solchen Einfluß auf den Inhalt der bezüglichen Druckschrift besitzen, um eben allen dem verantwortlichen Redak-

teur gesetzlich aufgebürdeten Aufgaben entsprechen zu können. Verantwortlicher Redakteur ist mithin derjenige, welcher vom Unternehmer (Eigentümer, Herausgeber) der periodischen Druckschrift als solcher bestellt und mit der entsprechenden Macht zur Überwachung des Inhaltes in strafrechtlicher Beziehung und Erfüllung der übrigen gesetzlichen Pflichten ausgestattet wurde.[25])

In dem letzteren Momente haben wir zugleich ein geeignetes Kriterium zur Unterscheidung des wirklichen von dem bloß zum Scheine bestellten verantwortlichen Redakteur gewonnen.

Wenn nämlich jemand formell zwar als verantwortlicher Redakteur bestellt wurde, demselben aber entweder gar kein materieller Einfluß auf den Inhalt der Druckschrift eingeräumt wurde oder wenigstens nicht in dem Maße, um den gesetzlichen Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs entsprechen zu können, ist dies ein unfehlbares Zeichen dafür, daß der Zeitungsunternehmer ihn in Wirklichkeit gar nicht zum verantwortlichen Redakteur zu bestellen gedachte, vielmehr bloß äußerlich der gesetzlichen Vorschrift habe nachkommen wollen. Diese Person ist auch nicht verantwortlicher Redakteur im Sinne des Gesetzes, sondern ein Strohmann, aufgestellt zu dem Zwecke, um der gesetzlich vorgeschriebenen Form Genüge zu tun und einen Blitzableiter für allfällige Strafurteile zu haben.

Eine solche vorgeschobene Person hat, da sie nicht verantwortlicher Redakteur im Sinne des Gesetzes ist, allerdings auch nicht die vom Gesetze dem verantwortlichen Redakteur auferlegten Pflichten, und kann sich mithin auch keiner preßrechtlichen Fahrlässigkeit schuldig machen. (So richtig die Entscheidung des Kassationshofes Slg. Nr. 222.) Es ist selbstverständlich, daß auch diejenige Person diese Pflichten nicht hat und daher wegen preßrechtlicher Fahrlässigkeit nicht belangt werden kann, welche das Blatt tatsächlich redigierte, ohne jedoch als verantwortlicher Redakteur bestellt zu sein. Ob sie für die durch den Inhalt der Druckschrift begangenen Delikte in Gemäßheit der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zu haften hat, ist allerdings eine andere Frage. Daß es in solchen Fällen überhaupt keine Person gibt, der die gesetzlichen Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs und die Haftung für deren Außerachtlassung zukommen würden, macht zwar den Herausgeber der periodischen Druckschrift, und allenfalls auch andere Personen nach § 11 österr. PrG. straffällig, an dem Wesen der Sache jedoch und den daraus hier gezogenen Schlußfolgerungen vermag dies nichts zu ändern.

Damit ist auch die Frage beantwortet, in welchem Maße der verantwortliche Redakteur an den Redaktionsgeschäften, d. h. an dem Sammeln, Sichten und Zurichten, event. auch Schaffen des Zeitungsmaterials teilnehmen, oder, mit anderen Worten, ob der verantwortliche Redakteur Redakteur im gewöhnlichen Sinne des Wortes sein müsse, um nicht als Strohmann zu gelten. Denn nach dem Gesagten kann es keinem

[25]) Ich freue mich konstatieren zu können, daß diese von mir bereits im Sborník věd právních a státních, Bd. VII (1907) S. 91 ff. entwickelte Ansicht inzwischen von Storch in der 2. Auflage des „Österreichischen Staatswörterbuches" (Artikel „Preßrecht") akzeptiert worden ist.



Zweifel unterliegen, daß der verantwortliche Redakteur an den bezeichneten Redaktionsarbeiten keinen Anteil zu nehmen braucht, daß er also überhaupt nicht Redakteur nach dem allgemeinen Wortgebrauche sein muß.

Das ist eine direkte, unausweichliche Schlußfolgerung aus den der hier vertretenen Ansicht von dem Wesen der verantwortlichen Redaktion zugrunde liegenden Prämissen. Daher muß es befremden, daß Bülow, mit dessen Theorie diese Ansicht im Ausgangspunkte übereinstimmt, die eben bezeichnete Konsequenz zu ziehen, sich allem Anscheine nach nicht entschließen kann.

Nach Bülow (Goltd. Archiv f. Strfr. Bd. 40, S. 250) ist nämlich, falls die Zeitschrift nur einen einzigen Redakteur besitzt, dieser eo ipso der verantwortliche Redakteur; gibt es mehrere Redakteure, ist verantwortlicher Redakteur derjenige, welchem von ihnen diese Stellung vom Zeitungsunternehmer übertragen wurde. Dies läßt wohl keine andere Deutung zu, als daß der Zeitungsunternehmer bei der Wahl des verantwortlichen Redakteurs auf den Kreis der an den Redaktionsarbeiten beteiligten Personen gebunden sei und daß er, falls die Redaktion bloß von einer einzigen Person besorgt wird, niemanden anderen als gerade diese Person zum verantwortlichen Redakteur bestellen könne. Doch damit gerät Bülow in dieselbe Verlegenheit, wie die oben unter I 2 bezeichnete Lehre, welche die Frage, in welchem Maße der verantwortliche Redakteur an den Redaktionsarbeiten teilnehmen muß, nicht zu beantworten vermag, eine Verlegenheit, aus der man nicht anders herauskommt, als wenn man zugibt, daß der verantwortliche Redakteur an der Führung der Redaktion in keiner anderen Weise teilzunehmen braucht, als die Möglichkeit einer Beaufsichtigung des Blattes in strafrechtlicher Beziehung und die Erfüllung der übrigen, dem verantwortlichen Redakteur gesetzlich auferlegten Pflichten erfordert. Dann ist es aber klar, daß der verantwortliche Redakteur an dem, was wir eigentliche Redaktionsarbeit nennen, d. h. an dem Sammeln und Sichten, Ordnen und Zubereiten des Materials für das Blatt nicht teilnehmen müsse und daß insbesondere in dem Falle, wenn dieses Geschäft von einer einzigen Person versehen wird, nicht gerade diese Person, sondern auch jemand anderer als verantwortlicher Redakteur bestellt werden könne.

Dies ist das Terminalstadium, zu welchem die theoretische Analyse des Begriffes des verantwortlichen Redakteurs ungeachtet der oben dargelegten Entwicklungsgeschichte desselben unausweichlich gelangen muß.

Dazu führt übrigens auch das Prinzip der Arbeitsteilung, da die eigentliche, dem verantwortlichen Redakteur gesetzlich zukommende Aufgabe in einem größeren Zeitungsunternehmen leicht die ganze Arbeitskraft einer Person in Anspruch nehmen kann. Es liegt also im Interesse der Sache und dürfte auch den Intentionen des Gesetzes entsprechen, daß diese Person von der Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten nicht durch andere Redaktionsgeschäfte abgehalten werde.

Übrigens bildet die dem verantwortlichen Redakteur nach unserer Ansicht eingeräumte Stellung eine genügende rechtliche Grundlage sowohl

hinsichtlich seiner Verantwortlichkeit für preßrechtliche Fahrlässigkeit, als auch in bezug auf seine Sonderhaftung für den strafgesetzwidrigen Inhalt der Druckschrift gemäß § 20 Abs. 2 des Reichspreßgesetzes, wonach der verantwortliche Redakteur als Täter der durch den Inhalt der Druckschrift begangenen strafbaren Handlung zu bestrafen ist, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Täterschaft ausgeschlossen ist. Allerdings scheint diese — übrigens recht zweifelhafte und m. E. verfehlte — Bestimmung darauf hinzudeuten, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers in dem benannten verantwortlichen Redakteur grundsätzlich der Täter des durch den Inhalt der Druckschrift begründeten Deliktes, also eine Person zu erblicken ist, welche an dem Zustandekommen dieses Inhalts sicherlich weit intensiver mitgewirkt hat, als die Aufgabe des verantwortlichen Redakteurs in unserem Sinne erfordert; und ich gebe gern zu, daß von dieser Grundanschauung auch andere Preßgesetzgebungen, in welchen die Institution der verantwortlichen Redakteure zur Annahme gelangte, ausgegangen sind, so namentlich auch das österreichische Preßgesetz vom Jahre 1852, welches, wie wir oben gesehen haben, fast durchweg nur vom „Redakteur" spricht. Doch das vermag an den oben gewonnenen theoretischen Ergebnissen gar nichts zu ändern. Ob man übrigens dem gedachten Ziele, welches dem Gesetzgeber ursprünglich ganz unzweifelhaft vorschwebte, auch nur um einen Schritt näher kommt, wenn man den Zeitungsunternehmer bei der Auswahl des verantwortlichen Redakteurs auf den Kreis der an der Redaktion beteiligten Personen beschränkt, ihm aber dabei gänzlich anheimstellt, ob er hierzu den Chefredakteur oder denjenigen, der nur bei dem Sammeln und Sichten der Lokalnachrichten oder des Inseratenteils mitwirkt, bestellen will?

Die vorstehend entwickelten theoretischen Ergebnisse halte ich auch vom Gesichtspunkte des geltenden, sowohl österreichischen als reichsdeutschen Rechts für völlig richtig. Der oben als Beispiel angeführte Fall einer vom Ausländer begründeten Zeitschrift, bei welcher der zum verantwortlichen Redakteur bestellte Inländer an den eigentlichen Redaktionsarbeiten keinen Anteil nehmen würde, sondern nur zur Aufgabe hätte, eine Kollision mit dem Strafgesetze zu verhindern und allerdings auch den übrigen gesetzlichen Pflichten des verantwortlichen Redakteurs nachzukommen, ist auch nach den beiden bezeichneten Preßgesetzgebungen ganz gut möglich und gesetzlich zulässig.

Wollte man demgegenüber etwa auf jene oben unter II erwähnten Gesetzesstellen verweisen, welche — wie § 11 Abs. 2 und § 32 des österreichischen Preßgesetzes vom Jahre 1862, bezw. Artikel III Z. 1 der Novelle zu demselben vom 15. Oktober 1868, R. G. 142, sowie §§ 7 und 18 des deutschen Reichspreßgesetzes — vom „Redakteur" bezw. von der „Besorgung der Redaktion" sprechen, um daraus zu folgern, daß nur eine an den eigentlichen Redaktionsgeschäften beteiligte Person als verantwortlicher Redakteur bestellt werden dürfe, so kann es m. E. nach allem in dieser Beziehung bisher Angeführten keinem Zweifel unterliegen, daß hier mit den Ausdrücken „Redakteur", „Redaktion" nichts anderes, als eben der verantwortliche Redakteur, bezw. die verantwortliche Redaktion gemeint sein kann. Allerdings wäre es im Interesse der Rechtssicherheit geboten, wenn die künftige Preßgesetzgebung von solchen überflüssigen und unter Umständen beirrenden Abweichungen von der gesetzlichen Terminologie sich freihalten würde.

(Das sollte namentlich im Hinblick auf den 2. Absatz des § 10 des österreichischen Entwurfs beherzigt werden.)

Vom gesetzlichen Standpunkte ist es vollkommen gleichgültig und ganz dem Ermessen des Zeitungsunternehmers sowie dm Übereinkommen desselben mit dem verantwortlichen Redakteur überlassen, ob dieser auf die dem verantwortlichen Redakteur vom Gesetze auferlegten Aufgaben beschränkt oder auch mit den eigentlichen Redaktionsgeschäften betraut werden soll. Daß der letztere Fall in der Praxis die Regel bildet, vermag nicht an der Sache etwas zu ändern.

Man muß sich dabei nur losmachen von der — zwar den verschiedenen Systemen der preßrechtlichen Sonderhaftung meistens zugrundeliegenden, jedoch ganz verfehlten — Ansicht, als wäre mit der Entscheidung der Frage, ob jemand der verantwortliche Redakteur ist, grundsätzlich auch schon die Frage der Täterschaft bezüglich eines durch den Inhalt der periodischen Druckschrift begangenen Deliktes gelöst. Denn das ist eine ebenso kühne Annahme, als wenn man etwa in dem bestellten Feldhüter oder Nachtwächter den vermeintlichen Täter des begangenen Felddiebstahls oder den nächtlichen Brandleger suchen wollte, während in Wirklichkeit wohl nur die Vermutung begründet ist, daß er — ebenso wie in dem analogen Falle der verantwortliche Redakteur — seine Aufsichtspflicht außerachtgelassen habe. Nur wenn der verantwortliche Redakteur zugleich Redakteur ist — was, wie dargetan wurde, durchaus nicht zuzutreffen braucht — würde ein Schluß auf seine Täterschaft nahe liegen. Im übrigen ist das eine Tatfrage; die Rechtsfrage kann jedenfalls nur nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen entschieden werden.

Wer übrigens daran Anstoß nehmen sollte, daß nach unserer Ansicht auch eine außerhalb der Redaktion stehende Person, also ein gänzlicher Extraneus, verantwortlicher Redakteur sein kann, könnte sich vielleicht bei der Erwägung beruhigen, daß der verantwortliche Redakteur, mag er auch auf die ihm gesetzlich zufallenden Aufgaben beschränkt sein, in formeller Richtung nicht ganz außerhalb der Redaktion gestellt ist, vielmehr durch die Berufung zu dieser Funktion zu einem Mitgliede der Redaktion wird, und zwar zu einem Mitgliede, das mit Aufgaben betraut ist, auf welche der Gesetzgeber ein besonderes Gewicht legt, wiewohl zugegeben werden muß, daß diese Aufgaben zu jenen nicht gehören, die man als die eigentlichen Redaktionsarbeiten zu bezeichnen pflegt.

Aus diesen Gründen betrachte ich als verfehlt die Entscheidung des Kassationshofes Slg. Nr. 208, nach welcher ein gesetzlicher Unterschied zwischen dem Redakteur und dem verantwortlichen Redakteur nicht besteht. Von ebendemselben Gesichtspunkte ist unrichtig auch die Entscheidung Nr. 166 Slg., welche das charakteristische Merkmal des Scheinredakteurs darin erblickt, daß ihm die Absicht abgeht, als Redakteur zu fungieren, d. h. die Redaktion wirklich zu führen, und verfehlt sind auch die Entscheidungen Slg. 1149 und 1518, insofern sie von der Ansicht ausgehen, daß die als verantwortlicher Redakteur genannte Person an der Redaktion beteiligt sein müsse.[26])

[26]) Richtiger scheinen im wesentlichen die bei der Entscheidung Slg. Nr. 222 angeführten Ausführungen des Generalprokurators Glaser zu sein: „Das Gesetz lasse allerdings den Einrichtungen der einzelnen Blätter einen weiten Spielraum und beschreibe nicht eingehend, worin die Funktionen des Redakteurs zu bestehen haben. Es beschränke sich darauf, ihn als die Persönlichkeit zu be-



Aus dem Gesagten ergibt sich, daß man nichts Unzulässiges darin erblicken kann, wenn auf der Druckschrift eine Person als verantwortlicher Redakteur, eine oder mehrere andere als Redakteure bezeichnet sind. Denn wenn jemand als Redakteur benannt ist, ist er eben noch nicht als verantwortlicher Redakteur benannt, und zwar umsoweniger, weil, wie wir oben gesehen haben, die Nennung auf dem Blatte überhaupt kein konstitutives Element der verantwortlichen Redaktion bildet. (Unrichtig die auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehende Entscheidung Slg. Nr. 208, ein unverkennbarer Nachklang des § 10 Z. 4 und § 34 des Preßgesetzes vom Jahre 1852, wo von einem „auf dem Blatte genannten Redakteur" die Rede ist.)

Aus dem Angeführten geht ferner hervor, daß die Bezeichnung „für die Redaktion verantwortlich", wie sie hier und da in der Praxis für den verantwortlichen Redakteur gebraucht zu werden pflegt, ziemlich treffend das Wesen der Sache kennzeichnet,[27]) wiewohl zugegeben werden muß, daß sie ohne genügenden Grund von der gesetzlichen Terminologie abweicht. Doch müßte es als Schikane erscheinen, wollte man aus dieser geringfügigen formalen Abweichung in der Praxis sachliche Konsequenzen ziehen, etwa in der Richtung, daß man eine unter dieser Bezeichnung erfolgte Nennung nicht als die gesetzlich vorgeschriebene Benennung des verantwortlichen Redakteurs ansehen und mithin als straffällig behandeln würde.

Wenn aber der verantwortliche Redakteur nicht Redakteur im gewöhnlichen Sinne des Wortes, d. h. nicht an den eigentlichen Redaktionsarbeiten beteiligt sein muß, wird da nicht dem Unwesen der Scheinredakteure Tür und Tor geöffnet? Ich glaube, daß nicht und daß insbesondere die hier vertretene Ansicht den gedachten Unfug gewiß um nichts mehr fördert, als irgend eine von den abweichenden Theorien. Ist doch nach unserer Meinung ein wichtiges sachliches, den Scheinredakteur charakterisierendes Unterscheidungsmerkmal, wie gesagt, der Umstand, daß bei seiner Bestellung nicht die Absicht bestand, ihm den zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten eines verantwortlichen Redakteurs erforderlichen Einfluß auf den Inhalt der Druckschrift zu gewähren. Ob es sich so verhält oder nicht, wird das Gericht im konkreten Falle auf Grund einer freien Erwägung der gegebenen Tatumstände beurteilen.

Ohne Belang ist, ob der verantwortliche Redakteur den ihm eingeräumten Einfluß in einzelnen Fällen ausübt oder nicht. Tut er es nicht, begeht er nach Umständen eine preßrechtliche Fahrlässigkeit oder ein Preßordnungsdelikt (z. B. durch die Nichtveröffentlichung einer Berich-

---

zeichnen, deren Pflicht es ist, dem Blatte jene Aufmerksamkeit zuzuwenden, welche erforderlich ist, um zu verhindern, daß strafbarer Inhalt in die Druckschrift aufgenommen werde. Diese Pflicht kann aber nur derjenige erfüllen, dem es möglich ist, von dem Inhalte rechtzeitig Kenntnis zu nehmen und die Aufnahme des von ihm für unzulässig Erachteten zu verhindern. Wenn nun dargetan sei, daß jemand gar keine Kenntnis vom Inhalte des Blattes erlangen könne und gar keinen Einfluß auf denselben zu üben vermöge, so sei gewiß, was bei minder ausgesprochener Situation zweifelhaft bleiben mag, daß nämlich diese Person nicht Redakteur sei." Allerdings muß vorausgesetzt werden, daß mit der Bezeichnung „Redakteur" eben der verantwortliche Redakteur gemeint wurde.

[27]) Anderer Meinung ist Bülow, Zeitschrift f. d. Allg. Stfr., Bd. 14, S. 643 in einer Polemik gegen Löning und Schwarze.

tigung u. dgl.) Doch seine Rechtsstellung als verantwortlicher Redakteur bleibt dadurch grundsätzlich unberührt. Das gilt folgerichtig auch in dem Falle, wenn der bestellte verantwortliche Redakteur den gedachten Einfluß überhaupt nicht ausüben würde. Freilich könnte diese Tatsache nach Umständen ein wichtiges Verdachtsmoment dafür sein, daß man es mit einem Strohmanne zu tun habe.

Von ebendemselben Gesichtspunkte müßte auch der Fall beurteilt werden, wenn der verantwortliche Redakteur seinen Einfluß auf den Inhalt des Blattes im allgemeinen zwar gehörig geltend machen würde, wenn aber trotzdem im einzelnen Falle ohne sein Wissen oder gegen seinen Willen in die Druckschrift etwas strafgesetzwidriges käme, oder wenn der von ihm angeordnete Abdruck einer Berichtigung oder einer amtlichen Bekanntmachung nicht ausgeführt werden sollte, mag dies durch ein Versehen oder infolge eines die Dispositionen des verantwortlichen Redakteurs durchkreuzenden Eingreifens einer anderen Person, z. B. durch Bosheit des Setzers oder durch eigenmächtige Verfügung des Zeitungsunternehmers u. dgl. geschehen sein. Ob in einem solchen Falle dessenungeachtet dem verantwortlichen Redakteur ein Verschulden zur Last gelegt werden könnte, ist eine Tatfrage. Für unsere Materie ist bloß zu bemerken, daß aus einem vereinzelten Falle dieser Art noch nicht gefolgert werden darf, der verantwortliche Redakteur besitze nicht den zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten erforderlichen Einfluß auf den Inhalt des Blattes, und sei daher nicht verantwortlicher Redakteur, oder habe aufgehört, ein solcher zu sein. Anders freilich, wenn solche Fälle öfter vorkämen, wenn die vom verantwortlichen Redakteur in seinem Wirkungskreise getroffenen Verfügungen konstant ignoriert und namentlich, wenn vom Zeitungsunternehmer selbst oder mit seinem Wissen und Willen von einer andern Person die Dispositionen des verantwortlichen Redakteurs beständig eigenmächtig geändert und durchkreuzt werden würden. Dies würde wohl ein unzweifelhaftes Zeichen dafür sein, daß der bestellte verantwortliche Redakteur in Wirklichkeit kein solcher ist, sei es, daß er es gleich anfänglich nicht war oder daß er im Laufe der Zeit es zu sein aufgehört hat.

Hieraus erhellt es meines Erachtens zur Genüge, daß unsere Ansicht überall dort, wo Tatumstände den Verdacht erwecken, daß man es mit einem Strohmann zu tun habe, dem Gerichte eine geeignete Handhabe dazu bietet, um aus diesen Umständen der Intention des Gesetzes entsprechende Konsequenzen ziehen zu können.

Zum Schlusse sei nur noch im Zusammenhange die Frage gestreift, wie vom Standpunkte des Strafrechtes bezw. des Preßrechtes diejenige Person zu behandeln ist, welche die vom verantwortlichen Redakteur getroffenen Verfügungen im einzelnen Falle eigenmächtig vereitelt und so eine Gesetzesverletzung (ein Inhalts- oder Ordnungsdelikt) in objecto herbeigeführt hat.

In dieser Beziehung ist es zuvörderst wohl zweifellos, daß diese Person, wenn es sich um ein Inhaltsdelikt handelt, unter Umständen nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen verfolgt werden könnte. Zweifelhaft könnte es nur sein, ob es möglich wäre, die gedachte Person nach den besonderen Vorschriften des Preßgesetzes zur Verantwortung zu ziehen, ob also beispielsweise der Drucker, welcher eigenmächtig zu einer amtlichen Berichtigung einen Zusatz beigefügt hat, wegen Übertretung des Glossierungsverbotes ver-

folgt werden könnte. In dieser Beziehung könnten namentlich nach österreichischen Rechte Zweifel auftauchen, da die Fassung der betreffenden Strafnorm des § 22 PrG. (namentlich im Vergleich mit § 21) in dem Maße allgemein ist, daß sie nicht nur auf den verantwortlichen Redakteur selbst, sondern auch auf jede andere Person, welche die Übertretung des Verbotes verschuldet hat, bezogen werden kann.

Trotzdem ist anzunehmen, daß in solchen und ähnlichen Fällen eine andere Person, als der verantwortliche Redakteur, für ein Ordnungsdelikt nicht gestraft werden kann, und zwar deswegen, weil jene Obliegenheiten, deren Vernachlässigung hier mit Strafe bedroht ist, nur den verantwortlichen Redakteur treffen, mithin rein persönliche Sonderpflichten desselben sind.

Die Sache verhält sich nicht anders, als wenn beispielsweise ein Unberufener durch einen Eingriff in die der Fürsorge eines Maschinisten anvertraute Maschine einen Unfall herbeiführen würde. Auch hier kann der Täter nicht mit den auf die Vernachlässigung der Sonderpflichten des Maschinisten gesetzten Strafen belegt, sondern nur nach den allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen geahndet werden.

Die Ansicht Friedmanns (Vorschläge zur Umgestaltung des österreichischen Preßrechtes S. 33), daß ein solcher Eingriff in die Rechte des verantwortlichen Redakteurs, eine solche Umgehung seiner Kontrollpflicht, de lege ferenda als Übertretung gegen die Ordnung der Presse straffällig sein sollte, halte ich vom theoretischen Gesichtspunkte für diskutabel, doch dürfte kaum ein praktisches Bedürfnis nach einer solchen gesetzlichen Bestimmung vorliegen, zumal da jene Person, welche erwiesenermaßen die Aufnahme eines gegen das Strafgesetz verstoßenden Inhaltes eigenmächtig bewirkt hat, — und dieser Fall steht wohl hauptsächlich in Frage — in der Regel als doloser Täter des Inhaltsdeliktes wird zur Verantwortung gezogen werden können.

Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung.

Von Dr. Thomas Givanovitch.

Es gibt sehr wenig Verbrechen, mit denen man sich so viel beschäftigt hat wie mit der Berufsgeheimnisverletzung, obwohl ihre Frequenz sehr gering ist. Das hat seinen Grund darin, daß tief voneinander abweichende Meinungsdifferenzen selbst in den Fragen des juristischen Fundaments und des Geltungsgebiets der Strafandrohung der Berufsgeheimnisverletzung sich herausgestellt haben. Es ist nämlich streitig bezüglich der ersten Frage, ob das Rechtsgut hier öffentlicher oder im Gegenteil privater Natur sei, bezüglich der zweiten, welche Personen Subjekt und welche Tatsachen Objekt (Geheimnis) dieses Verbrechens sein können, und ob das vor der Offenbarung zu schützende Interesse jedem anderen mit ihm kollidierenden Interesse gegenüber zu schützen sei. Diese vier Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung sollen hier besonders de lege ferenda erörtert werden.

§ 1. Rechtsgut.

Die Systematik des besonderen Teils des Strafgesetzbuches verlangt immer, daß man die Natur der Rechtsgüter ihrem genus und ihrer species nach bestimmt. Außer dem Bedürfnisse der Systematik aber ist diese Art der Bestimmung bei diesem Verbrechen aus einem anderen Grunde sehr nötig. Nicht selten verlangen nämlich verschiedene private oder öffentliche Interessen die Verletzung des Berufsgeheimnisses; und selbstverständlich muß man da zuerst bestimmen, ob das vor der Offenbarung zu schützende Interesse ein öffentliches oder privates ist, um je nach der Lösung dieser Frage die Kollision lösen zu können.

Überwiegend ist in der Literatur die Meinung vertreten, daß das Rechtsgut hier privater Natur ist. Dies ist zweifellos auch der Standpunkt des Deutschen Strafgesetzbuches (§ 300). Freilich ist es unmöglich, das aus dem Titel des fünfundzwanzigsten Abschnittes („Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse") zu entnehmen, und so konnte die Theorie entstehen, daß das Rechtsgut hier ein öffentliches ist.[1]) Die Tatsache aber, daß die Verfolgung des Verbrechens nur auf Antrag eintritt, ist an und für sich genügend, um zu beweisen, daß das Rechtsgut hier ein privates ist.

Dies ist sicherlich auch der Standpunkt des Code pénal, denn der Artikel 378 findet sich in dem Titel, der lautet: „Crimes et délits contre les particuliers." Seltsamerweise haben das alle französische Autoren übersehen. Die einen behaupten, das geschützte Interesse sei ein öffentliches,[2]) die anderen hingegen, es sei ein privates.[3])

Interessant ist ein Widerspruch im § 144 des norwegischen Strafgesetzbuchs. Dem Titel des dreizehnten diesen Paragraphen enthaltenden Kapitels („Verbrechen wider allgemeine Ordnung und allgemeinen Frieden") zufolge ist nämlich das Rechtsgut bei der Berufsgeheimnisverletzung ein öffentliches. Der durch die Offenbarung Verletzte ist demnach die Gesellschaft, und folglich müßte dieses Verbrechen von Amts wegen verfolgt werden. Trotzdem ist im § 144 vorgeschrieben, daß die Verfolgung auf Antrag des Verletzten eintritt, d. h., daß der unmittelbar Verletzte derjenige ist, dessen Geheimnis offenbart worden ist! Die Gesellschaft kann nur ausnahmsweise der unmittelbar Verletzte sein: Die Verfolgung tritt nach diesem Paragraph von Amts wegen ein, „wo allgemeine Rücksichten es erfordern"!

Ist durch ein Verbrechen ein öffentliches Recht verletzt, so hat niemand darunter persönlich zu leiden. Ganz anders, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, durch das ein privates Rechtsgut verletzt wird. Bei der Berufsgeheimnisverletzung hat derjenige persönlich zu leiden,

---

[1]) Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. Berlin, 1890. S. 26—33. — Böhme, Strafbarkeit der Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimnisse in Allg. Z. für Psychiatrie. Bd. 57. 1900. S. 745.

[2]) So z. B. bekannte Autoren des Strafrechts wie Chauveau und Hélie sagen in Théorie de droit pénal, 1876, Bd. V, nº 1876: „L'obligation prescrite par l'art. 378 a été établie dans un intérêt général; sa violation ne blesse pas seulement la personne qui a confié les secrets, elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur lesquelles la société s'appuie la confiance qui doit les environner." — S. auch: Muteau, Du secret professionnel. 1870. S. 3. — A. Le Poittevin in Recueil de Sirey. 1896. I. 81. — Garraud, Traité de droit pénal. 2. Aufl. 1898. Bd. 5. nº 2064.

[3]) Rauter, Traité de droit criminel. 1836. Bd. II. S. 104. — Verwaest, Le secret professionnel médical. 1892. S. 19.

dessen Geheimnis offenbart wird. Es beweist, daß das Rechtsgut bei diesem Verbrechen privater Natur ist.

Bezüglich der Individualität des Rechtsgutes bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses haben nach der gemeinen Meinung die Verletzungen von allen Arten des Berufsgeheimnisses ein gemeinsames Rechtsgut. So ist nach v. Liszt dieses Rechtsgut (auch für die Briefgeheimnisverletzung) „das rechtlich geschützte Interesse an der Wahrung des persönlichen und Familienlebens vor unberufenem Eindringen".[4]) Nach Hippe ist es: „Das Interesse, in seinem Vertrauen nicht getäuscht zu werden".[5]) Binding sagt: „Nicht das Interesse an der Geheimhaltung, sondern der Wille der Geheimnisbewahrung wird geschützt."[6]) Ähnlich wie Binding drückt sich auch Hälschner aus.[7]) Die einen bestimmen also das gemeinsame Rechtsgut als Interesse, die anderen als **Willen.**

In der französischen Literatur wird ebenfalls ein gemeinsames Rechtsgut bestimmt. Die alten Autoren betrachteten als dieses den Verwahrungsvertrag („contrat de dépôt"), der angeblich zwischen der zur Verschwiegenheit verpflichteten Person und ihrem Klienten geschlossen werde.[8]) Da man aber einsah, daß es keine Analogie zwischen diesem Vertrage und dem Verwahrungsvertrage gibt, behaupten die neueren Autoren bloß, das Rechtsgut sei der zwischen den angegebenen Personen geschlossene Vertrag, ohne ihn zu benennen.[9]) Diese Theorie ist aber auch verfehlt. Zwischen den zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen und den Vertrauenden bestehen keine vertragsmäßigen Beziehungen bezüglich des anvertrauten Geheimnisses. Denn für die rechtliche Gültigkeit eines Vertrages ist es z. B. nötig, daß die Parteien vertragsfähig sind. Man wäre also zur Offenbarung berechtigt, falls der Vertrauende vertragsunfähig wäre, was natürlich ein Unsinn ist und beweist, daß jene Auffassung falsch ist.

Es ist unserer Meinung nach falsch, zu behaupten, daß ein gemeinsames Rechtsgut für alle Arten von Berufsgeheimnissen vorliegt. Denn wenn man ein solches Rechtsgut bestimmt, bleibt es ein Rätsel, warum dies Rechtsgut nicht immer vor der Offenbarung geschützt wird, sondern nur, wenn es sich um die **Berufs**geheimnisse handelt. Der Vertrauende hat ein Interesse an der Wahrung „des persönlichen und

---

[4]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1908. § 120. I.

[5]) Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. in Goltd. Arch. für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 46. 1898/99. S. 284.

[6]) Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besond. Teil. Bd. I. S. 127.

[7]) Gemeines deutsches Strafrecht. Bd. II¹. S. 215.

[8]) S. Rauter, op. cit. S. 104.

[9]) So sagt Verwaest, Le secret professionnel médical. 1892. S. 19: „Telle que nous la comprenons l'obligation pour le médecin de ne pas révéler ce que son client lui a fait connaître sous le sceau du secret résulte, en dehors de toute prescription de la loi pénale, d'un engagement qu'il a pris vis-à-vis de celui-ci, lorsqu'il a consenti à lui prêter le secours de son art. Il n'est pas douteux en effet, quelque nom qu'on lui donne, mandat ou louage de service, qu'un contrat lie le médecin à son malade. Ce contrat est la source d'obligations réciproques . . . il en résulte que le médecin, en se taisant sur leur compte, obéit moins à un devoir essentiel à sa profession, et que la loi pénal lui impose comme tel, qu'il ne remplit une des clauses du contrat particulier intervenu entre son malade et lui." — S. auch Merger, Le secret professionnel. 1895. S. 20.

Familienlebens vor unberufenen Eindringen", auch wenn sein Geheimnis nicht in Ausübung dieses oder jenes Berufes anvertraut ist. Und wenn dieses Interesse ein solches wäre, daß ein gewisses Interesse der Gesellschaft seinen strafrechtlichen Schutz verlangt, sollte es auch in diesem Falle geschützt werden. Wenn man untersucht, warum das zur Verschwiegenheit verpflichteter Person anvertraute Geheimnis hier nicht geschützt wird, sieht man ein, daß das nur zu erklären ist, wenn man ein anderes Rechtsgut für jede Art von Berufsgeheimnissen bestimmt. Ein auf diese Weise bestimmtes Rechtsgut braucht nämlich nicht geschützt zu werden, wenn das Geheimnis nicht in der Ausübung des Berufes anvertraut ist, weil es durch die Offenbarung eines in dieser Weise anvertrauten Geheimnisses nicht verletzt wird, weil demnach ein strafrechtlich zu schützendes Interesse in solchem Falle nicht besteht. Es handelt sich z. B. um das ärztliche Berufsgeheimnis. Das Rechtsgut ist unserer Meinung nach, hier die Gesundheit, weil die Kranken ohne den strafrechtlichen Schutz dieser Art von Berufsgeheimnissen sich nicht an die Ärzte wenden würden. Dieses Rechtsgut wird aber durch die Offenbarung eines nicht in der Ausübung des Berufes anvertrauten Geheimnisses nicht verletzt. Es ergibt sich aus alledem, daß nur, wenn man ein anderes Rechtsgut für jede Art des Berufsgeheimnisses bestimmt, ein solches Rechtsgut gefunden werden kann, dessen strafrechtlicher Schutz vor der Offenbarung immer nötig ist. Ein Interesse kann ohnehin zum strafrechtlichen Rechtsgut nicht erhoben werden.

Aus dem eben Gesagten hat man die Folgerung für die Systematik zu ziehen. Vom Standpunkte der auf der Natur der Rechtsgüter beruhenden Systematik ist es danach nicht erlaubt, alle Arten von Berufsgeheimnissen in einen Abschnitt oder Paragraphen zusammenzufassen. Es ist vielmehr nötig, für jede von ihnen das Rechtsgut zu bestimmen und sie demgemäß einzuordnen. Wenn man z. B. für das ärztliche Berufsgeheimnis die Gesundheit als Rechtsgut bezeichnet, muß die Verletzung dieses Geheimnisses mit den anderen Verbrechen gegen die Gesundheit zusammengefaßt werden.

§ 2. Subjekt der Offenbarung.

Alle gesetzlich anerkannten Berufe sind der Gesellschaft notwendig, denn jeder von ihnen fördert ein privates Interesse, an dessen Wahrung die Gesellschaft auch interessiert ist. Damit aber diese Berufe ihre Aufgabe erfüllen können, ist es nötig, daß das Publikum zu denjenigen Vertrauen hat, welche diesen oder jenen Beruf ausüben. Denn andersfalls würde man nicht ihre Leistungen in Anspruch nehmen, und die bezüglichen privaten Interessen würden geschädigt sein. Darum ist de lege ferenda zu wünschen, daß jedes von diesen Interessen vor der Offenbarung des Geheimnisses strafrechtlich geschützt wird, d. h. daß die Geheimhaltung allen Berufen auferlegt wird.

In dieser Hinsicht ist die Mehrzahl der Strafgesetzbücher mangelhaft. Sie beschränken nämlich die Pflicht an Geheimhaltung nur auf einige Berufe. Nur die Strafgesetzbücher von Mexiko, Niederland, Italien, Bulgarien, Rußland dehnen diese Pflicht auf alle Berufsklassen aus.

§ 3. Objekt der Offenbarung.

Der Begriff des Berufsgeheimnisses ist in der Literatur sehr unklar. Die Ursache liegt vor allem darin, daß nicht der Begriff des Berufsgeheimnisses, sondern der Begriff des Geheimnisses schlechthin untersucht wird. Man bestimmt also das Geheimnis nicht von dem strafrechtlichen Standpunkte, d. h. insofern es Objekt der Offenbarung ist. So sagt z. B. Frank: „Zutreffend wird man das (Privat-) Geheimnis bestimmen können, als eine wenigen Personen bekannte Tatsache, an welche sich das Interesse knüpft, daß sie überhaupt nicht oder doch nicht weiteren Kreisen bekannt werde.“[10]) Andererseits liegt die Ursache der Konfusion bezüglich des Objektes der Offenbarung darin, daß man auf die Analyse des untersuchten Begriffes nicht genügend eingeht. Wir haben damit unsere Methode bezeichnet.

Damit eine Tatsache als Geheimnis im strafrechtlichen Sinne, d. h. als Berufsgeheimnis bezeichnet werden kann, ist unserer Meinung nach nötig: 1. daß sie überhaupt als Berufsgeheimnis qualifizierbar ist; 2. daß sie einer in Ausübung eines bestimmten Berufes handelnden Person anvertraut ist; 3. daß sie dieser Person in der Ausübung ihres Berufes anvertraut ist. Es gibt also drei Merkmale für den Begriff des Berufsgeheimnisses.

1. Jede Tatsache soll als Berufsgeheimnis qualifizierbar betrachtet werden. Die bezügliche Tatsache muß sich mithin nicht auf den Gegenstand der konkreten Ausübung des Berufes beziehen. Sie kann sowohl negativ als auch positiv sein.[11]) Ein Arzt sagt z. B., daß sein Klient nicht diese oder jene Krankheit hat. Diese negative Tatsache muß auch als Berufsgeheimnis qualifizierbar betrachtet werden, weil man daraus schließen kann, daß der Klient an einer anderen Krankheit leidet.

Den meisten deutschen Autoren nach kann hingegen nur diejenige Tatsache als Berufsgeheimnis qualifiziert werden, „an welche sich,“ wie Frank sich ausdrückt,[12]) „das Interesse knüpft, daß sie überhaupt nicht oder doch nicht weiteren Kreisen bekannt werde.“ Diese Meinung ist unannehmbar, weil die Beurteilung, ob sich ein solches Interesse an eine Tatsache knüpft, ganz subjektiver Natur ist, und mithin die zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen und die Richter der Gefahr ausgesetzt sind, sich darüber zu irren. Dieselbe Folgen hat auch die in der französischen Literatur und in dem bulgarischen und ungarischen Strafgesetzbuche vertretene Meinung, daß nur diejenige Tatsache als Berufsgeheimnis qualifiziert werden kann, deren Offenbarung „der Ehre oder dem guten Rufe“ schaden kann.

2. Als anvertraut soll jede Tatsache betrachtet werden, die zur Kenntnis der zur Verschwiegenheit verpflichteter Person gelangt ist.

---

[10]) Das Strafgesetzbuch. 1908. § 300. I.

[11]) „La révélation d'une constatation même négative,“ sagt der Autor der Note in Dalloz. 1902. 1. 235, „n'est-elle pas du reste de nature à porter préjudice? Le médecin qui affirme qu'un client n'a pas telle maladie déterminée, ne laisse-t-il pas entendre qu'il peut en avoir une autre? Même lorsque le médecin dit qu'il n'a constaté aucune maladie, son indiscrétion montre qu'on a eu recours à son examen, qu'il y a eu des apparences, des inquiétudes, des doutes qui sont ainsi livrés à la malignité publique. Enfin on peut, dans tous les cas, discuter sur les termes de la révélation, y voir des lacunes, des réticences, des sous-etendus et trouver matière à des soupçons que le respect du secret eût permis d'éviter.“

[12]) Op. cit. loc. cit.

Folglich ist es gleichgültig, ob die Tatsache von dieser Person selbst aufgedeckt oder ihr von dem Anvertrauenden mitgeteilt ist, und ob eine entweder ausdrückliche oder stillschweigende Auflage der Geheimhaltung gegeben ist oder nicht.

Nach den meisten deutschen Autoren ist ausdrückliche oder stillschweigende Auflage notwendig.[13]) Mit diesem Erfordernisse taucht aber die schwer zu lösende Frage auf, wann eine stillschweigende Auflage besteht. Wenn man behauptet, wie diese Meinung vertretende Autoren annehmen, daß eine solche Auflage gegeben ist, wenn das Interesse an Geheimhaltung vorliegt, taucht alsdann die schon angegebene Schwierigkeit auf, zu bestimmen, wann ein solches Interesse besteht.

Einige französische Autoren, wie z. B. die Zivilisten Esmein[14]) und Planiol[15]) gehen so weit, daß sie behaupten, eine Tatsache sei vertraut nur, wenn sie unter dem ausdrücklichen Auftrag der Geheimhaltung mitgeteilt ist, nur, wie sie sich ausdrücken, wenn die Tatsache „sous le sceau du secret“ mitgeteilt ist. Sie lehnen sich an die geschichtliche Entwicklung des Berufsgeheimnisses im französischen Rechte, um den strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses durch jene Beschränkung illusorisch zu machen! Diese Meinung ist aber von der Jurisprudenz abgelehnt, und überwiegend ist die Meinung, daß weder die ausdrückliche Auflage noch die stillschweigende nötig ist.

3. Damit eine Tatsache als in Ausübung des Berufes anvertraut betrachtet werden kann, ist es unserer Meinung nach nötig:

1. Daß sie den **Klienten** entweder unmittelbar oder mittelbar **betrifft,** d. h. daß sie ihm entweder unmittelbar oder mittelbar **angehört.** Denn das Rechtsgut des Klienten wird nicht durch die Offenbarung des ihm nicht angehörenden Geheimnisses verletzt, mithin fehlt der Grund für die Strafbedrohung der Offenbarung des Berufsgeheimnisses, falls das Geheimnis dem Anvertrauenden nicht angehört. So z. B. sagt der Klient seinem Arzte, daß er durch die Frau A. angesteckt ist. Die Tatsache, daß diese Frau krank ist, ist nicht anvertraut in Ausübung des Berufes. Wenn aber diese Frau seine Gattin ist, betrifft ihn auch, obwohl nur mittelbar, die Tatsache, daß sie krank ist, weil man daraus schließen kann, daß er angesteckt ist. In diesem Falle is also diese Tatsache in Ausübung des Berufes anvertraut, wenn die beiden weiteren Bedingungen vorliegen.

2. Daß der **Kausalzusammenhang** zwischen der **Erfahrung** der Tatsache und der **konkreten Ausübung** des Berufes vorliegt. Denn wenn dieser Kausalzusammenhang nicht besteht, ist die Tatsache der bezüglichen Beruf ausübenden Person als einer privaten Person anvertraut, und die Offenbarung so anvertrauter Tatsache ist nicht strafbar, weil das gegen die Offenbarung zu schützende Rechtsgut alsdann nicht vorliegt.

3. Daß der **Kausalzusammenhang** zwischen der **Erfahrung** der Tatsache und dem **Berufe** selbst vorliegt. Denn wenn dieser

---

13) S. z. B. v. Liszt, op. cit. § 120. III. — Frank, op. cit. § 300. II.

14) S. Sirey, 1901. 1. 161.

15) S. Dalloz, 1899. 1. 585. — „Comme il s'agit de matières pénales,“ sagt Planiol, „et que le texte est d'interprétation stricte, il semble que l'obligation du secret n'est ainsi sanctionnée par l'art. 378 du Cp. qu'autant que le médecin a reçu une confidence, et qu'il a appris quelque chose sous le sceau du secret.“

Kausalzusammenhang fehlt, hat der Vertrauende die bezügliche Tatsache nicht vertrauen müssen, und nur diejenigen anvertrauten Tatsachen sind strafrechtlich zu schützen, die der Vertrauende hat anvertrauen müssen, damit der Berufsdienst ihm geleistet werden könne, weil sonst das gegen die Offenbarung zu schützende Rechtsgut fehlt. So z. B. hat der Klient seinem Arzte seine zukünftigen Pläne aus Schwatzhaftigkeit erzählt. Die erzählten Tatsachen sind nicht in Ausübung des Berufs anvertraut. Denn er hat sie nicht dem Arzte erzählt, weil dieser der Arzt ist. Dieser Kausalzusammenhang liegt aber vor, wenn er es ihm erzählt hat, um zu erfahren, ob er sie angesichts seiner Krankheit unternehmen darf.

Das gegen die Offenbarung zu schützende Rechtsgut fehlt immer und nur, wenn die drei von uns verlangten Bedingungen nicht vorliegen. Es ist nicht genügend, nur den Kausalzusammenhang zwischen der Erfahrung der Tatsache und der konkreten Ausübung des Berufs zu verlangen;[16]) und es ist durchaus falsch, keine von den drei Bedingungen zu verlangen, sondern jede gelegentlich der Ausübung des Berufes erfahrene Tatsache als Berufsgeheimnis zu betrachten.[17])

§ 4. Konflikten zwischen dem Interesse an Geheimhaltung von Berufsgeheimnissen und den anderen privaten oder öffentlichen Interessen.

Nicht selten entstehen Kollisionen zwischen dem gegen die Offenbarung zu schützenden Interesse und anderen Interessen derart, daß diese ohne die Offenbarung des Berufsgeheimnisses nicht bewahrt werden können. Die mit dem Interesse an Geheimhaltung kollidierenden Interessen können privater oder öffentlicher Natur sein. Wir verteilen sie in fünf Gruppen: 1. Interesse an der Rechtspflege, 2. Interesse an gutem Verwaltungswesen, 3. Wissenschaftliches Interesse, 4. Interesse an öffentlicher Gesundheit und 5. verschiedene private Interessen. Der ersten Gruppe gehören an: Zeugnis, Anzeige von Verbrechen und Erstatten von sachverständigen Gutachten, der zweiten: Anzeige von Geburts- und Todesfällen, der dritten: Publikation der anvertrauten Tatsachen, der vierten: Anzeige von ansteckenden Krankheiten, und der fünften: Verhütung ansteckender Krankheiten, Versicherung und gerichtliches Geltendmachen der Honoraransprüche.

Behufs der Lösung der Kollisionen wird gewöhnlich behauptet, daß das mindere Interesse dem entgegenstehenden höheren geopfert werden soll.[18]) Diese Meinung kann aber nicht zufriedenstellen, denn ihr Rechtsgrund ist sehr bedenklich. Es wird noch behauptet, daß das Notwehrrecht anzuwenden ist.[19]) Die Kollision findet aber statt zwischen den verschiedenen privaten oder öffentlichen Interessen und dem Interesse an Geheimhaltung, und die Verletzung dieses Interesses ist ein Vergehen. Mithin fehlt immer eine wesentliche Bedingung für die Anwendung des Notwehrrechts: ein rechtswidriger Angriff.

Wir haben in einer Abhandlung behauptet, daß ein Fall von Notstand in der Kollision zwischen dem Interesse an Geheimhaltung und

---

[16]) S. z. B. Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses 1908. S. 52.

[17]) S. Muteau, op. cit. S. 37. — Garraud, op. cit. S. 350.

[18]) v. Liszt, op. cit. § 120. III. — Binding, op. cit. S. 127. — Frank, op. cit. § 300. III. — Wolff, op. cit. S. 66.

[19]) Finger, Der Geheimnisbruch in Vgl. Darstellung. Bes. T. Bd. 8. S. 368, Anm. 1.

den anderen Interessen gegeben ist, daß demnach Notstand als Rechtfertigungsgrund für die Berufsgeheimnisverletzung anzusehen ist, weil sich in dieser Kollision alle Merkmale von Notstand finden. Es gibt nämlich — v. Liszts Definition des Notstands zufolge — „einen Zustand gegenwärtiger Gefahr für rechtlich geschützte Interessen, aus dem es keine andre Rettung gibt, als die Verletzung von rechtlich geschützten Interessen eines andern." Auf der einen Seite findet sich das Interesse an Geheimhaltung, auf der anderen ein privates oder öffentliches Interesse. Die beiden sind rechtlich geschützt, und jedes von ihnen kann nur durch die Verletzung des andern gerettet werden.

Die Frage, welches von den kollidierenden Interessen zu opfern ist, darf unserer Meinung nach nicht abhängig gemacht werden davon, welches Interesse das höhere ist, sondern das Interesse ist zu opfern, dessen Verletzung weniger schädlich ist. Es handelt sich z. B. um die Anzeige von Verbrechen. Zweifellos ist es ein höheres Interesse als das Interesse an der Geheimhaltung. Die obligatorische Anzeige würde aber als Erfolg haben, daß die Leistungen der zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen nicht in Anspruch genommen werden von denjenigen, die eine strafbare Handlung begangen haben, und daß es folglich die Anzeigen von Verbrechen nicht mehr gibt. Die Verletzung des Interesses an der Anzeige von Verbrechen zugunsten des Interesses an Geheimhaltung ist also gar nicht schädlich. Mithin soll die Anzeige von in Ausübung des Berufes erfahrenen Verbrechen den zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen nicht auferlegt werden.

Für die Anwendung des Notrechts in diesen Kollisionen ist aber nötig, daß das Notrecht ausnahmslos anerkannt ist, was de lege ferenda zu wünschen ist. De lege lata aber kann das Notrecht bezüglich der Berufsgeheimnisverletzung nur angewendet werden, wenn die Offenbarung „zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters (scilic. des Offenbarenden) oder eines Angehörigen" nötig ist.

Zwei Systeme könnten bezüglich der Regelung dieses Anwendungsfalles des Notrechts vorgeschlagen werden. Man könnte nämlich verlangen, daß das Gesetz selbst die Fälle bestimmt, wo das Berufsgeheimnis zur Rettung eines anderen Interesses verletzt werden kann. Oder man könnte den Richtern überlassen, daß sie in jedem konkreten Falle beurteilen, ob ein Fall des Notstands vorliegt. Wir ziehen das erste System vor, damit man im voraus wisse, wann man auf Schutz seines Geheimnisses nicht rechnen kann, und ob man zur Offenbarung berechtigt ist.[20])

Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.

Von Gerichtsassessor Dr. iur. Richard May in Dresden.

(Schluß.)

Selbst wenn man aber die Möglichkeit eines bedingten Urteils zugeben wollte, so würden doch noch Schwierigkeiten genug verbleiben, die sich aus der möglichen Änderung des früheren, noch nicht rechtskräftigen

[20]) Die Anwendung des Notrechts an alle Fälle der Kollision des Interesses an Geheimhaltung wird in unserem noch erscheinenden Werke „Du secret professionnel" durchgeführt werden.

Erkenntnisses ergeben, und die sich durch „präzise Tenorierung“ — wie sie Olshausen fordert — keineswegs aus der Welt schaffen lassen. Wird das frühere Urteil entweder in der höheren Instanz vernichtet, und der Angeklagte freigesprochen, oder wird es in vollem Umfange aufrechterhalten, so ist, wenn die frühere Verurteilung nur wegen einer Straftat erfolgt ist, die Abfassung des eventuellen Erkenntnisses allerdings einfach: es sind nur zwei Möglichkeiten zu berücksichtigen. Ganz anders aber gestaltet sich die Sachlage, wenn nicht eine, sondern mehrere strafbare Handlungen den Gegenstand der früheren Aburteilung bildeten, da — wie schon Olshausen[34]) hervorhebt —

„alsdann die Möglichkeit der Abänderung oder der Bestätigung hinsichtlich einer jeden einzelnen berücksichtigt werden muß.“

„Doch werden sich“ — fährt Olshausen a. a. O. kurz darauf fort — „Verwirrungen und Verwickelungen durch eine präzise Tenorierung fernhalten lassen.“

Ein derartiges Verfahren würde aber zu ganz unerträglichen Ergebnissen führen, da mit dem Wachsen der Zahl der der früheren Verurteilung zu Grunde liegenden Straftaten die Anzahl der möglichen, in dem eventuellen Urteile sämtlich zu berücksichtigenden Kombinationen rasch ins ungemessene wächst. Nehmen wir z. B. an, die frühere Verurteilung sei wegen fünf real konkurrierender Straftaten erfolgt, für jede von denen eine andere Einzelstrafe ausgeworfen worden sei. Dann wären — wenn man immer nur die Kombinationen in Betracht zieht, die dadurch entstehen können, daß wegen eines oder mehrerer der fünf Delikte Freisprechung erfolgt — bereits 32 verschiedene Möglichkeiten in dem zweiten Urteile zu berücksichtigen. Umfaßt die frühere Verurteilung 10 mit verschiedenen Strafen belegte Delikte, so würden die Kombinationsmöglichkeiten 1024 betragen.[35]) Eine Urteilsformel, die allen diesen Möglichkeiten gerecht werden wollte, würde sich als ein wahres Monstrum darstellen. Das Streben nach höchster Genauigkeit führt hier zur Absurdität.

Sollte die in dem früheren Urteile ausgesprochene Strafe weder aufgehoben, noch aufrechterhalten, sondern erhöht oder herabgesetzt werden, so liegt es auf der Hand, daß für diesen Fall in dem zweiten Urteile nicht für alle Möglichkeiten im voraus die Strafen ausgeworfen

---

[34]) Vorbestr. S. 73, 74.

[35]) Die Anzahl der sich in jedem Falle ergebenden Kombinationsmöglichkeiten läßt sich nach folgender Formel berechnen, die ich der Liebenswürdigkeit des Herrn stud. math. G. Sohrmann in Dresden verdanke:

$$x = 1 + n + \frac{n(n-1)}{2} + \frac{n(n-1)(n-2)}{2.3} + \frac{n(n-1)(n-2)(n-3)}{2.3.4}$$

$$+ \text{usw.} \ldots\ldots \text{bis} + \frac{n(n-1)(n-2)(n-3)\ldots\ldots(n-[n-1])}{2.3.4\ldots\ldots n}$$

x = Anzahl der Kombinationsmöglichkeiten.
n = Anzahl der Einzelstrafen des ersten Urteils.

Die Additionsreihe der Brüche ist in jedem einzelnen Falle soweit fortzusetzen daß das letzte Glied im Zähler = n — (n — 1) = 1 wird, das letzte Glied im Nenner = n wird.

z. B. n = 5.

$$x = 1 + 5 + \frac{5.4}{2} + \frac{5.4.3}{2.3} + \frac{5.4.3.2}{2.3.4} + \frac{5.4.3.2.1}{2.3.4.5}$$

$$x = 1 + 5 + 10 + 10 + 5 + 1.$$

$$x = 32.$$

werden können. Das bedingte Urteil versagt alsdann vollständig. Oppenhoff-Delius[36]) und Olshausen,[37]) der sich auf Oppenhoff beruft, wollen, daß in einem solchen Falle der Richter der höheren Instanz, der die in dem ersten Urteile getroffene Entscheidung teilweise abändert, wiederum das den anderen Fall betreffende Erkenntnis in ganz gleicher Weise berücksichtigt und eventuell in Betreff der Gesamtstrafe Verfügung trifft. Es könnte demnach geschehen, daß eine ganze Reihe von bedingten Urteilen nach einander erginge. Setzen wir folgenden Fall:

A. wird am 1. Februar 1908 vom Schöffengerichte zu D. wegen zweier real konkurrierender Straftaten zu einer Gesamtstrafe von drei Monaten Gefängnis verurteilt, der zwei Einzelstrafen von je zwei Monaten Gefängnis zu Grunde liegen. Er legt gegen dieses Urteil rechtzeitig Berufung ein. Am 1. April 1908 wird A. vom Schöffengericht zu C. abgeurteilt, wegen einer Straftat, die er im Januar 1908 begangen hat. Das Schöffengericht zu C. verurteilt ihn zu zwei Monaten Gefängnis und bildet unter Berücksichtigung des ersten, noch nicht rechtskräftigen Urteils vom 1. Februar 1908 bedingungsweise eine Gesamtstrafe von vier Monaten Gefängnis. Auch gegen dieses Urteil legt A. rechtzeitig Berufung ein. Bevor nun auf dieses Rechtsmittel hin in höherer Instanz entschieden wird, kommt es zur Verhandlung und Entscheidung über die gegen das erste Urteil vom 1. Februar 1908 eingelegte Berufung. Nehmen wir an, die Entscheidung des ersten Urteils werde ganz oder teilweise abgeändert. Soll da wirklich das Berufungsgericht aus der Strafe, die es neu verhängt, und aus der noch nicht rechtskräftigen Strafe des zweiten Urteils vom 1. April 1908 bedingungsweise eine neue Gesamtstrafe bilden können, auch auf die Gefahr hin, daß nicht nur die in dem zweiten Urteile vom 1. April 1908 erkannte Strafe herabgesetzt werden kann, sondern daß auch die eigene Entscheidung auf eingelegte Revision hin eine Änderung erleiden kann? Und soll das Gericht, das über die gegen das zweite Urteil eingelegte Berufung entscheidet, und die Entscheidung des zweiten Urteils abändert, wiederum die noch nicht rechtskräftige, durch das erste Berufungsurteil festgesetzte Strafe zur Bildung einer weiteren Gesamtstrafe heranziehen? Ein wahrer Rattenkönig von bedingten Urteilen kann auf diese Weise zustande kommen.

Selbst wenn also das bedingte Urteil nicht grundsätzlich zu verwerfen wäre, — wie dies in der Tat der Fall ist[38]) —, so führt doch — wie eben gezeigt — der Ausweg, den es eröffnet, in einen Labyrinth, aus dem kein Ariadnefaden herausführt. —

Die Einwendung Olshausens, dadurch, daß nicht schon bei der späteren Verurteilung frühere, wenn auch noch nicht rechtskräftige Verurteilungen zur Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen würden, werde der Verurteilte geradezu in seiner Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln beschränkt, erscheint nicht stichhaltig. Gegen den Beschluß, der nachträglich auf Grund von § 492 der StPO. eine Gesamtstrafe festsetzt, steht dem Verurteilten das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Allerdings würde er bei einem Schöffengerichtsurteile, das die frühere noch nicht rechtskräftige Verurteilung zur Bildung einer Gesamtstrafe mit herangezogen hat, dieses auch soweit es die Gesamtstrafe betrifft, sowohl mit der Berufung, als auch noch mit der Revision, also mit zwei Rechts-

---

[36]) N. 5 zu § 79.

[37]) Vorbestr. S. 73.

[38]) Zu vgl. hierüber auch RG. IV. 8. 4. 02. J. W. 1902 S. 570[6].

mitteln anfechten können, während bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe durch Beschluß nur einmal das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist (§ 352 Abs. 2 der StPO).Eine unzulässige Benachteiligung des Verurteilten kann indessen hierin nicht gefunden werden. Niemandem kann das Recht zugestanden werden, ein Verfahren zu fordern, das ihm möglichst zahlreiche Rechtsmittel gewährleistet. Wer ein überweisungsfähiges Vergehen begangen hat, kann auch nicht verlangen, daß der Staatsanwalt die an sich mögliche Überweisung beantrage; er muß sich bei dem Verluste des Rechtsmittels der Berufung bescheiden, wenn der Staatsanwalt die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Strafkammer beantragt.

Das Ergebnis dieser Erwägungen ist: Aus strafprozessualen Gründen muß es als unzulässig abgelehnt werden, für die Bildung eines Nachtragserkenntnisses ein noch nicht rechtskräftiges Urteil zu verwerten; es ist vielmehr nur ein rechtskräftiges Erkenntnis geeignet, eine sichere Grundlage für die Fällung einer derartigen Nachtragsentscheidung zu bilden.

Zu dem gleichen Ergebnisse gelangen auch Bennecke-Beling,[39]) Binding,[40]) — der in dem Umstande, daß § 492 der StPO. gleichfalls die Rechtskraft sämtlicher Strafurteile ausdrücklich erfordert, eine weitere Bestätigung der hier vertretenen Meinung erkennt —, ferner Frank,[41]) Harseim,[42]) Olshausen,[43]) Otto,[44]) Schütze,[45]) Schwarze,[46]) von Schwarze[47]) und endlich auch der I. Senat des Reichsgerichts in seinem Urteile vom 5. Oktober 1899.[48])

Finger[49]) erklärt es zwar für richtiger, Rechtskraft des früheren Urteils zu fordern, verwirft aber das Auskunftsmittel des bedingten Urteils nicht. Erwähnt sei schließlich noch, daß Löwe-Hellweg[50]) der vom Reichsgerichte in der überwiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen entwickelten Ansicht beitritt, und daß Rüdorff-Stenglein[51]) in Anlehnung an die Praxis des Reichsgerichts unter Vermeidung einer grundsätzlichen Entscheidung die ganze Frage scheinbar lediglich nach dem Gesichtspunkte der größeren oder geringeren praktischen Zweckmäßigkeit beantworten will.

§ 4.

Die Begehungszeit der später abzuurteilenden Straftat.

Die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe setzt weiter voraus, daß eine Straftat zur Aburteilung vorliegt, die vor der früheren Verurteilung begangen worden ist.

---

[39]) S. 394 Anm. 9.
[40]) Grundr. d. StrR. S. 294, N. 3 zu § 79.
[41]) II, 1 zu § 79.
[42]) GS. 27 S. 470/71.
[43]) Kommentar N. 7 zu § 79.
[44]) Annal. des Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 152.
[45]) S. 202 Anm. 19.
[46]) GS. 34 S. 620.
[47]) N. 4 zu § 79.
[48]) E. 32 S. 278.
[49]) Bd. 1 S. 552.
[50]) N. 1 b zu § 492.
[51]) N. 13 zu § 79.

Hiermit ist die zeitliche Grenze gezogen, bis zu der die nachträglich abzuurteilende strafbare Handlung begangen sein muß, um in einem Nachtragserkenntnisse nach § 79 StGB. berücksichtigt werden zu können.

Diese zeitliche Grenze bildet die frühere Verurteilung.

Nach mehreren Richtungen hin sind Zweifel möglich, welcher Zeitpunkt damit gemeint sei. Die wichtigste Frage ist die, ob der Moment der Verkündung oder der der Rechtskraft des früheren Straferkenntnisses maßgebend sei: Sie ist, wie jetzt allgemein angenommen wird,[52]) dahin zu beantworten, daß die Verkündung des Schuld und Strafe aussprechenden Erkenntnisses der maßgebende Zeitpunkt ist. Es findet also der § 79 StGB. auf Straftaten, die in der Zeit nach der Verkündung, aber vor dem Eintritte der Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen worden sind, keine Anwendung.

Dem § 79 StGB. liegt der Gedanke zu Grunde, daß dem Verbrecher die aufeinanderfolgende Aburteilung seiner Straftaten nicht schaden solle, falls deren gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre (vergl. § 1). Der § 79 des StGB. setzt also zu seiner Anwendbarkeit voraus, daß der das frühere Erkenntnis aussprechende Richter theoretisch die Möglichkeit gehabt hat, auch über die erst später zur Aburteilung gelangenden Straftaten mit zu erkennen.[53]) Diese Möglichkeit hat der frühere Richter aber nur hinsichtlich der Straftaten, die begangen sind bis zu dem Augenblicke, in dem er sein Erkenntnis verkündet, denn mit der gemäß § 267 der StPO. erfolgten Verkündung des Urteils wird für ihn seine eigene Entscheidung unabänderlich.[54]) Auf Straftaten, die zwar noch vor Eintritt der Rechtskraft seines Erkenntnisses, aber nach dessen Verkündung begangen werden, hätte sich dagegen niemals sein Urteil erstrecken können.

Neben dieser ausschlaggebenden Erwägung spricht noch ein anderer Grund dafür, daß mit der Verkündung des ersten verurteilenden Erkenntnisses die Grenze gezogen ist für die Begehung der nach § 79 StGB. nachträglich zu berüchsichtigenden Straftaten. Mit dem Ausspruche von

---

[52]) So Binding, Grundr. d. StrR. S. 295, N. 6 zu § 79. — Finger, Bd. 1 S. 550. — Frank, II, 1 zu § 79. — Geyer 1 S. 190. — Ders. in H. Rl. Bd. 2 S. 508. — Hälschner Bd. 1 S. 692. — Harseim im GS. 27 S. 466. — von Liszt S. 247. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 234, 235. — Meyer-Allfeld S. 363. — Olshausen, Vorbestr. S. 47 ff. — Ders., Kommentar N. 6 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74. — Otto, Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 152. — Schwarze im GS. 34 S. 617. — von Schwarze, N. 2 zu § 79. — Ebenso das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung, vgl. z. B. RG. I 10. 1. 81. E. 3 S. 213. — RG. III 12. 1. 81. A. 3 S. 131. — RG. III 3. 7. 02. Sörgel, Das Recht. 1902. S. 464.

[53]) Nur auf das zeitliche Verhältnis der real konkurrierenden Delikte kommt es an, wie Binding, Grundr. d. StrR. S. 295 N. 6 mit Recht hervorhebt. Die Verschiedenheit der örtlichen und sachlichen Kompetenzgründe ist unerheblich. Selbstverständlich ist bei alledem, daß, wenn gesagt wird, der erste Richter müsse die Möglichkeit gehabt haben, das frühere Delikt zu berücksichtigen, darunter nur verstanden werden darf, daß die frühere Tat bis zum Augenblicke der Urteilsverkündung begangen sein muß, daß also nur eine gedachte Möglichkeit der Berücksichtigung vorzuliegen braucht. In der Praxis wird auch der an sich kompetente Richter aus prozeßrechtlichen Gründen häufig nicht in der Lage sein, Straftaten, die der von ihm abzuurteilende Täter kurz vor der Urteilsfällung begeht, in seinem Urteile zu berücksichtigen, selbst wenn sie ihm bekannt sind. Vielfach wird in solchen Fällen noch nicht einmal die Anklage wegen der späteren Straftat erhoben sein.

[54]) Auch beim schwurgerichtlichen Urteile bildet die Verkündung des Urteils die Grenze, und nicht bereits die Verlesung des den Angeklagten schuldig sprechenden Wahrspruches der Geschworenen.

Schuld und Strafe ergeht eine gewichtige Warnung an den Verurteilten, sich in Zukunft verbrecherischen Tuns zu enthalten. Diese Warnung erfolgt — in der Regel wenigstens — der Natur der Sache nach bereits mit der Verkündung des auf Strafe lautenden Urteils, nicht aber erst, wenn dieses die Rechtskraft beschreitet. Aus diesem Grunde wäre es ungerechtfertigt, die Nachsicht der §§ 74 bis 78 StGB. dem Verbrecher zu gewähren, der nach Verkündung, aber vor Rechtskraft des auf Strafe lautenden Urteils erneut eine Straftat begeht.[55]) Der Verurteilte, der sich dem Strafurteile unterwirft oder doch kein Rechtsmittel dagegen einwendet, würde ungünstiger gestellt sein als der Verurteilte, der den Eintritt der Rechtskraft durch Einlegung von Rechtsmitteln hinausschiebt, insofern diesem die Anwendung der milderen Strafbestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. auf neuerlich zu begehende Straftaten länger gewahrt bliebe als jenem. Falls in dem ersten Urteile bereits eine der für Konkurrenzfälle vorhergesehenen Höchststrafen der §§ 74 Abs. 3, 75 Abs. 3, 77 Abs. 2 StGB. ausgesprochen worden sein sollte, so würde, wenn erst die Rechtskraft der früheren Verurteilung die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ausschließen würde, dem Verbrecher für alle Straftaten, die er zwischen Verkündung und Rechtskraft des ersten Urteils begehen würde, das Privilegium der Straflosigkeit gewährt werden, dafern diese Straftaten mit Strafen bedroht sind, die sich zur Bildung einer Gesamtstrafe im engeren oder weiteren Sinne eignen.[56])

Die gegenteilige Meinung, daß § 79 StGB. Anwendung leide auf alle Straftaten, die bis zur Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen werden, wurde hauptsächlich vertreten von Schütze,[57]) Rubo[58]) und dem ehemaligen preußischen Obertribunal.[59])

Schütze und ebenso das preußische Obertribunal trennen, wie ihnen Olshausen[60]) mit Recht zum Vorwurf macht, die hier zur Entscheidung stehende Frage nicht scharf von der bereits behandelten Frage, ob die Rechtskraft der früheren Verurteilung zu fordern sei, damit diese zur Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen werden könne. Schütze führt aus:

> „Der § 79 spricht zwar nur von Verurteilung, scheint aber den Zeitpunkt nicht der Verkündung, sondern der Rechtskraft zu meinen. Diese Auslegung ist die günstigere und erst rechtskräftig gewordene Verurteilung scheint geeignet, die Grundlage für eine Nachtrags-(Zusatz)-Strafe abzugeben."

Das in dubiis benignius kann jedoch hier nicht durchschlagend sein, da etwaige Zweifel über den vom Gesetzgeber gemeinten Zeitpunkt im Hinblick auf den dem § 79 StGB. zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken beseitigt erscheinen.[61]) Und wenn man auch der weiteren Ausführung, daß nur eine rechtskräftige Verurteilung eine sichere Grundlage für eine Nachtragsentscheidung abzugeben geeignet ist, an sich durchaus zustimmen muß, so kann man doch diese Erwägung für die Beantwortung

---

[55]) von Buri, Einh. und Mehrh. S. 119. — Harseim im GS. 27 S. 469. — Olshausen, Vorbestr. S. 54. — Schwarze im GS. 34 S. 619. — RG. I 10. 1. 81. E. 3 S. 213.

[56]) Vgl. Schwarze im GS. 34 S. 619 f.

[57]) S. 201, 202 Anm. 19.

[58]) N. 4 zu § 79.

[59]) Entsch. v. 16. 10. 72, Rechtspr. Bd. 13 S. 529.

[60]) Vorbestr. S. 46.

[61]) Vorbestr. S. 54.

der vorliegenden Frage nicht verwerten. Denn hier handelt es sich um die Zeit der Begehung der später abzuurteilenden Straftat, dort um die prozessuale Lage, in der die frühere Untersuchungssache sich befinden muß, um einer Nachtragsentscheidung als Grundlage zu dienen.

Rubo rechtfertigt a. a. O. seinen Standpunkt mit der Erklärung, daß eine Verurteilung erst dann als erfolgt zu erachten sei, wenn sie rechtskräftig geworden sei. Denn das Strafgesetzbuch stelle die Verurteilung nicht der Verkündung eines Straferkenntnisses gleich. Letzterer Ausdruck sei in § 64 StGB. gebraucht, und der verschiedene Ausdruck lasse auf verschiedenen Sinn schließen. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Mit dem gleichen Rechte könnte man unter Bezugnahme auf §§ 5 Ziffer 1, 36, 93, 190 StGB. behaupten, daß das Strafgesetzbuch dann, wenn es auf die rechtskräftige Beendigung eines Strafverfahrens ankommt, dies expressis verbis erklärt, und aus dem Mangel einer derartigen ausdrücklichen Beifügung in § 79 StGB. auf das Gegenteil der Ruboschen Folgerung schließen.

Ebensowenig überzeugend ist die Begründung, die das vormalige preußische Obertribunal in der oben angezogenen Entscheidung für seine Auffassung bringt. Das Obertribunal geht davon aus, daß die Verbüßung, die Verjährung oder der Erlaß der früher erkannten Strafe die Grenze sei für die bei Aburteilung real konkurrierender Straftaten nach § 74 StGB. zu gewährenden Nachsicht. Die Möglichkeit, daß die früher abgeurteilte Untersuchungssache eines dieser Stadien erreiche, sei aber nur dann gegeben, wenn das frühere Straferkenntnis die Rechtskraft beschritten habe. Daher sei der § 79 StGB. auf alle Straftaten anzuwenden, die bis zum Eintritte der Rechtskraft des früheren Strafurteils — als der Bedingung der Strafverbüßung usw. — begangen würden.

Olshausen[62]) hat klar nachgewiesen, daß diese Auffaffung unhaltbar ist und auch in den Motiven zu § 77 (79) des Entwurfs III, auf die sich das preußische Obertribunal beruft, keine Stütze findet. Das Obertribunal wirft, wie Olshausen a. a. O. ausführt, Verschiedenartiges zusammen. Es erkennt nicht, daß der § 79 StGB. in zweifacher Hinsicht Grenzen zieht: eine für die Begehung der noch abzuurteilenden Handlung, und eine für die Verurteilung wegen dieser selbst. Hier handelt es sich um die Frage, welcher Zeitpunkt unter dem Ausdrucke „frühere Verurteilung" zu verstehen sei; dieser Zeitpunkt hat aber mit der Verbüßung usw. der durch ebendiese frühere Verurteilung erkannte Strafe schlechterdings nichts zu tun. Der § 79 StGB. zieht die Grenze seiner Anwendbarkeit dahin, daß die Verbüßung, die Verjährung oder der Erlaß der früheren Strafe die nachträgliche Anwendung der Bestimmungen der §§ 74/78 StGB. ausschließt, beschränkt mithin zeitlich die Zulässigkeit des Erlasses des Nachtragserkenntnisses auf den Zeitraum, während dessen die früher erkannte Strafe noch unerledigt ist. Hieraus zu schließen, daß die Grenze für die Begehung der nach § 79 StGB. zu berücksichtigenden Straftaten der Zeitpunkt der Rechtskraft des früheren Straferkenntnisses als der Bedingung für die Verbüßung usw. der früheren Strafe sei, ist logisch durch nichts geboten, auch findet dieser Schluß im Wortlaute des Gesetzes nicht die mindeste Stütze.[63])

[62]) Vorbestr. S. 49 ff. Aus denselben Gründen wie Olshausen verwirft RG. I, 10. 1. 81, E. 3 S. 213 die Ansicht des Obertribunals.

[63]) Meves in StrZ. 13 S. 171 erklärt die hier bekämpfte Auffassung des Obertribunals für „theoretisch richtiger" als die andere Meinung, gesteht aber zu, daß

Es ist also grundsätzlich die am Schlusse der Hauptverhandlung erfolgende Verkündung des Strafurteils als zeitliche Grenze für die Begehung nachträglich zu berücksichtigender Straftaten anzusehen. Bereits mit der Verkündung des Urteilstenors ist die Grenze gezogen, denn mit diesem Momente ist für den Richter seine Entscheidung unabänderlich geworden; es liegt auch keine gedachte Möglichkeit für ihn vor, während der Eröffnung der Entscheidungsgründe von dem Angeklagten etwa begangene Straftaten noch mit zu berücksichtigen.

Zweifeln könnte man, ob die Verkündung auch die Grenze bildet bei den Straferkenntnissen, die in Abwesenheit des Angeklagten ergehen und daher der Zustellung bedürfen, oder ob etwa betreffs dieser der Zeitpunkt der Zustellung maßgebend sei. Es sind dies die Urteile, die ergehen:

1. gegen einen Angeklagten, der sich aus der Hauptverhandlung entfernt hat, gemäß § 230 Abs. 2 der StPO.,
2. in einem Verfahren gegen einen Abwesenden gemäß §§ 318 ff der StPO.,
3. gegen einen ausgebliebenen Angeklagten gemäß § 231 der StPO.,
4. gegen einen gemäß § 232 der StPO. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbundenen Angeklagten und
5. gegen Militärabsenten gemäß §§ 470 ff der StPO.

Sinngemäß wird man dahin entscheiden müssen, daß auch hier der Zeitpunkt der mündlichen Verkündung des Strafurteils maßgebend ist. Auch wenn das Urteil gegen einen Abwesenden ergeht, wird es mit der Verkündung für den es erlassenden Richter unabänderlich; nur bis zum Momente der Verkündung begangene Straftaten hätte der Richter in seinem Urteile mit berücksichtigen können. — Eine Warnung freilich ergeht hier mit der Verkündung des Strafurteils an den Verurteilten nicht. Bei Urteilen dieser Art, die sämtlich auf Grund strafprozeßrechtlicher Ausnahmebestimmungen ergehen, muß die Erwägung, daß durch die Verurteilung an den Täter ein memento ergeht, für die Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage hinter dem ausschlaggebenden gesetzgeberischen Gedanken zurücktreten, der spätere Richter habe sich auf den Standpunkt des ersten Richters zu stellen. Daraus folgt, daß auch bei diesen Arten von Urteilen der Zeitpunkt der Verkündung die Grenze bildet für die Begehung nachträglich nach § 79 StGB. abzuurteilender Straftaten.

Anders liegt die Sache, wenn die früher erkannte Strafe nicht durch ein Urteil, sondern durch einen Strafbefehl (§§ 447 ff. d. StPO.) festgesetzt worden war. In einem solchen Falle ist der Augenblick der Zustellung der maßgebende Zeitpunkt. Erst mit diesem Augenblick, — nicht etwa schon mit der Unterzeichnung des schriftlichen Entwurfs in den Akten —, wird für den Richter die in dem Strafbefehle erlassene Entscheidung unabänderlich; bis dahin führt der Strafbefehl nur ein papierenes Dasein in den Akten.[64]) Ebenso wird der Zeitpunkt der Zustellung dann maßgebend sein, wenn die frühere Strafe durch eine polizeiliche Strafverfügung oder durch einen Strafbescheid der Verwaltungsbehörde festgesetzt worden ist.

---

die Auffassung des Obertribunals „nicht bloß vielfache praktische Schwierigkeiten im Gefolge hat, sondern auch in ihrer Ausführung oft genug den Intentionen des Gesetzgebers entgegentreten wird, Folgen, die zwar auch bei der gegenteiligen Auslegung des § 79, jedoch sicher in geringerem Grade auftreten werden.“

[64]) Ebenso Frank, II, 1 zu § 79. — Olshausen, Kommentar N. 6 zu § 79. — München Oberstes LG. 8. 1. 01. E. 1 S. 245.



Von großer praktischer Bedeutung ist übrigens die vorliegende Frage in keinem der drei zuletzt genannten Fälle; denn für die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne kann überhaupt nur eine durch einen Strafbefehl festgesetzte Gefängnisstrafe in Frage kommen; im übrigen können Strafen, die durch Strafbefehl, Strafverfügung oder Strafbescheid festgesetzt worden sind, bei einer Nachtragsentscheidung nach § 79 StGB. nur insoweit in Frage kommen, als sie zur Einhaltung der für die Höchststrafen in §§ 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StGB. festgesetzten Grenzen zwingen.

Abgesehen von den zuletzt genannten, in dem Wesen der in Frage kommenden besonderen Verfahrensarten begründeten Ausnahmen bildet also die Verkündung des früheren verurteilenden Erkenntnisses die zeitliche Grenze für die Begehung von strafbaren Handlungen, die in einem Nachtragserkenntnisse gemäß § 79 StGB. zu berücksichtigen sind.

Vielfach umstritten ist die Frage, ob der Zeitpunkt der Verkündung des ersten verurteilenden Erkenntnisses auch dann maßgebend ist, wenn dieses verurteilende Erkenntnis in der Berufungs- oder Revisionsinstanz aufgehoben worden ist, darauf aber — entweder sofort gemäß § 369 Abs. 3 oder § 394 Abs. 1 der StPO. — oder in dem weiteren Verfahren in erster oder in höherer Instanz eine neuerliche Verurteilung des Täters wegen derselben Tat — sei es nun auf Grund desselben oder eines anderen Strafgesetzes — erfolgt.

Auch in diesem Falle bildet die Verkündung des ersten verurteilenden Erkenntnisses, das gegen den Täter ergeht, die Grenze.[65]) In welcher Instanz diese Verurteilung erfolgt, ist belanglos. Der zuerst verurteilende Richter war nur in der Lage, die bis zum Zeitpunkte der Verkündung seines Erkenntnisses begangenen Straftaten mit zu berücksichtigen; der Umstand, daß dieses erste Straferkenntnis später zwar vernichtet, daraufhin aber, — zum mindesten zum Teil —, wiederhergestellt worden ist, kann nicht dazu führen, dem ungeachtet seiner Verurteilung erneut delinquierenden die Nachsicht der §§ 74/78 StGB. über den Zeitpunkt der ersten, zum mindesten nicht gänzlich zu Unrecht erfolgten Verurteilung zu teil werden zu lassen. Bei der Entscheidung dieser Frage dürfte der Gedanke entscheidend mit ins Gewicht fallen, daß schon der Ausspruch der Verurteilung den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen abmahnen soll, und daß der, der einer solchen Mahnung nicht gehorcht, sondern darum unbekümmert weiter delinquiert, es am allerwenigsten verdient, daß seine neue Tat nach den milderen Bestimmungen der §§ 74/78 StGB. abgeurteilt werde. Wenn von Buri[66]) dagegen ins Feld führt, daß ein derartiges Urteil als ein ungerechtes dem Täter nicht zur Warnung hätte dienen können, so ist dies verfehlt. Gerade das Wesentliche übersieht von Buri dabei: Für seine konkrete Tat hatte der Täter Strafe verwirkt, wie ja die der Aufhebung folgende neuerliche Verurteilung beweist; daß ihn nun für seine Tat Strafe traf, mußte unter allen Umständen eine Warnung für den Täter sein; der Umstand, daß der Richter prozeßrechtliche oder materiell rechtliche Vorschriften nicht richtig angewendet hat, rechtfertigt nicht die Annahme, daß der Täter sich durch das erste Urteil

---

[65]) So Binding, Grundr. d. StrR. S. 295 N. 6 zu § 79. — Gerland in KrVJ. Schr. 45 S. 450. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 235. — Olshausen, Vorbestr. S. 53,54. — Ders., Kommentar N. 6 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhofs-Delius, N. 19 zu § 74. — von Schwarze, N. 5 zu § 79.

[66]) Einh. u. Mehrh. S. 119, 120.

nicht gewarnt zu fühlen brauchte. Ebenso liegt die Sache bei der Herabsetzung der erstinstanzlichen Strafe in der Berufungsinstanz. Das wird von niemandem bestritten, und doch müßte von Buri auch in diesem Falle folgerichtig die Grenze erst als mit dem Berufungsurteile gezogen erachten, da das erste, zu harte Urteil doch auch ein „ungerechtes" war.

Auf dem entgegengestezten Standpunkte stehen, — soweit die Aufhebung eines früheren Strafurteils in Frage kommt —, Finger,[67]) Rüdorff-Stenglein[68]) und das Reichsgericht,[69]) die sämtlich den Zeitpunkt der Verkündung des späteren verurteilenden Erkenntnisses für maßgebend erachten. Finger gibt keine Begründung seiner Ansicht. Das Reichsgericht führt in der angezogenen Entscheidung aus, daraus, daß der Zeitpunkt der Verkündung des früheren verurteilenden Erkenntnisses und nicht der Zeitpunkt seiner Rechtskraft als zeitliche Grenze anzusehen sei, dürfe nicht im Wege der Analogie gefolgert werden, daß der Zeitpunkt des ersten — später vernichteten, dann zum Teil wiederhergestellten — Urteils maßgebend sei. Warum diese Analogie auszuschließen sei, sagt das Reichsgericht nicht. Als ausschlaggebend stellt es die Erwägung hin, daß ja der spätere Richter tatsächlich in der Lage gewesen sei, auch die nach Verkündung des ersten, vernichteten Erkenntnisses bis zum Augenblicke der Verkündung seines Urteils begangenen Delikte mit abzuurteilen, und daß deshalb auf alle bis zu diesem letzten Zeitpunkte begangenen strafbaren Handlungen die §§ 74/78 StGB. auch nachträglich noch zur Anwendung zu bringen seien. Dem wird man sicherlich nicht zustimmen können. Die tatsächliche Möglichkeit, alle bis zu seinem Urteile begangenen Delikte eines Täters — einschließlich derjenigen, die schon vorher abgeurteilt sind — in seinem Urteile zu berücksichtigen, hat der Richter stets; § 79 StGB. zieht aber eine zeitliche Grenze und bestimmt, daß dem bereits früher verurteilten und nunmehr erneut abzuurteilenden Täter die milderen Bestimmungen der §§ 74/78 StGB. nur hinsichtlich solcher Delikte zugute kommen sollen, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Der spätere Richter hat sich also auf den Standpunkt des früheren zu stellen. Wieso nun diese — allgemein anerkannte — Regel in unserem Falle den letzten Richter dazu zwingen soll, sich auf den Standpunkt nicht des zuerst erkennenden Richters, sondern desjenigen zu stellen, der nach Vernichtung des früheren Urteils erneut verurteilt hat, darüber sagt die Entscheidung des Reichsgerichts nichts. Wenn überhaupt die Möglichkeit zuzugeben ist, daß das erste Straferkenntnis, — trotzdem es später vernichtet wurde —, eine Cäsur in der Reihe der von demselben Täter begangenen Delikte bewirken kann, so muß man gerade aus der vom Reichsgerichte für seine Auffassung verwerteten Erwägung heraus zu dem Schlusse gelangen, daß der Zeitpunkt der Verkündung des ersten Urteils maßgebend ist.

An letzter Stelle und nur beiläufig führt das Reichsgericht noch einen weiteren Grund für seine Auffassung an, auf den sich übrigens auch Rüdorff-Stenglein a. a. O. beruft: das erste Urteil verliere durch seine Vernichtung in höherer Instanz — abgesehen davon, daß es gemäß § 398 Abs. 2 der StPO. eine reformatio in pejus unter Umständen ausschließt — seine rechtliche Existenz und könne um deswillen auch nicht einer Ein-

---

[67]) Bd. 1 S. 551.
[68]) N. 8 zu § 79.
[69]) III 5. 4. 1900. E. 33 S. 231.

schränkung des Anwendungsgebietes des § 79 StGB. dienen. Aber auch dieser Grund ist nicht durchschlagend. Als wesentlich wird daran festzuhalten sein, daß sachlich der erste Schuldspruch mindestens teilweise zu Recht ergangen ist, und daß es daher durchaus am Platze erscheint, den Zeitpunkt der Verkündung des ersten Schuldspruchs als maßgebend anzusehen.

Wird die Wiederaufnahme eines durch ein rechtskräftiges verurteilendes Erkenntnis abgeschlossenen Verfahrens verordnet, und endigt dieses Wiederaufnahmeverfahren gleichfalls mit einem Strafe festsetzenden Urteile,[70]) so bildet gleichfalls der Augenblick der Verkündung des ersten Urteils die Grenze. So die gemeine Meinung.[71])

Zu weit geht Binding,[72]) wenn er meint, die Anwendung der Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. sei auch für den Fall ausgeschlossen, daß ein in erster Instanz Freigesprochener während des weiteren Verfahrens ein Verbrechen begeht. Dieser Auffassung steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen, das im § 79 die Grenze mit der früheren Verurteilung gezogen wissen will. Für eine Zurückziehung der Wirkung eines in höherer Instanz ergehenden verurteilenden Erkenntnisses auf den Zeitpunkt der früheren Freisprechung bietet das Gesetz keine Handhabe.[73])

§ 5.

Verbüßung, Verjährung und Erlaß der früheren Strafe.

Die letzte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ist die, daß die spätere Verurteilung zu einer Zeit erfolgt, zu der die durch das frühere Straferkenntnis verhängte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Im Gesetzestexte kommt dies nicht völlig korrekt zum Ausdruck, wenn gesagt wird:

> „Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung .... erfolgt."

Es herrscht aber kein Zweifel, daß der Gesetzgeber, wenn er in diesem Zusammenhange von „einer" erkannten Strafe spricht, nicht eine Strafe im Gegensatze zu mehreren — gehäuften — Strafen gemeint hat, — so daß die Anwendung des § 79 StGB. schon dann ausgeschlossen wäre, wenn auch nur eine der gehäuften Strafen verbüßt, verjährt oder erlassen wären —, sondern daß er damit die in dem früheren Urteile erkannte Strafe hat bezeichnen wollen, mag diese nun eine Einzelstrafe, eine Gesamtstrafe oder eine im Wege der Häufung gebildete Strafe sein.[74]) Korrekter würde die Stelle lauten „bevor die in einem früheren Urteile erkannte Strafe verbüßt usw. ist" nicht aber, wie Binding a. a. O.

---

[70]) Ob das frühere Urteil teilweise aufgehoben wurde, ist belanglos.

[71]) So Binding, Grundr. d. StrR. S. 295 N. 6 zu § 79. — Olshausen, Kommentar N. 6 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74. — Rüdorff-Stenglein, N. 8 zu § 79. — RG I 5. 4. 86. R 8 S. 253. — RG III 22. 9. 92. J. W. 1892 S. 446 [4].

[72]) Grundr. d. StrR. S. 295. N. 6 zu § 79.

[73]) Ebenso Hälschner Bd. 1 S. 692 Anm. 1. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 235 Anm. 7. — Olshausen, Vorbestr. S. 53. — Ders., Kommentar N. 6 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74.

[74]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrR. S. 294 N. 2 zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79.

vorschlägt, „bevor die im früheren Urteil erkannte Strafe verbüßt" usw. ist, denn offenbar hat der Gesetzgeber mit Absicht den unbestimmten Artikel gewählt, um zum Ausdruck zu bringen, daß hier ein neuer Begriff eingeführt werden soll, von dem in den vorhergehenden Paragraphen noch nicht die Rede gewesen ist.

Es muß also die spätere Aburteilung erfolgen zu einer Zeit, zu der die früher erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, in welchen Fällen die eingetretene Verjährung der früheren rechtskräftig erkannten Strafe die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen ausschließt. Die §§ 70 bis 72 StGB. sind anzuwenden.

Es herrscht aber auch kein Streit darüber, wann eine Strafe als „verbüßt" und wann sie als „erlassen" im Sinne des § 79 StGB. anzusehen ist.

Verbüßt ist eine Strafe erst dann, wenn sie völlig verbüßt ist. Das ergeben klar die Motive zu § 77 (79) des Entwurfs III zum Strafgesetzbuche. Sie erklären, aus praktischen Gründen scheine es geboten, die Erteilung des Nachtragserkenntnisses auf den Fall zu beschränken, wenn die früher erkannte Strafe durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß noch nicht erledigt sei. „Erledigt" ist die Strafe selbstverständlich erst mit der vollendeten Verbüßung. Aber auch wenn die Motive den Willen des Gesetzgebers nicht mit dieser Deutlichkeit erkennen ließen, würde eine andere Auslegung nicht möglich sein, schon mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber es in § 245 StGB. für notwendig befunden hat, ausdrücklich zu erklären, „bestraft" im Sinne des § 244 StGB. sei auch der, der die frühere Strafe nur teilweise verbüßt hat. Ebenso die gemeine Meinung.[75])

Nach der herrschenden Meinung ist es ferner nur erforderlich, daß die Hauptstrafe verbüßt ist, damit die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ausgeschlossen werde.[76]) Anderer Meinung ist Merkel,[77]) der den § 79 StGB. für anwendbar erklärt, solange die für eine bestimmte Frist ausgesprochene Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte dauere, da diese Entziehung einen Teil der erkannten Strafe bilde. Dem wird man sich sicherlich nicht anschließen können. Soweit Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit in Frage kommt, dürfte schon der Grund, den Oppenhoff-Delius a. a. O. anführt, durchschlagend sein, daß nämlich von einer Verbüßung dieser Nebenstrafe in dem Sinne, wie sie der § 79 StGB. erfordert, um deswillen nicht gesprochen werden kann, weil sie ohne einen äußeren Vollstreckungsakt ihre Wirksamkeit ausübt.

Daß, falls die Landespolizeibehörde von der ihr vom Richter zuerkannten Füglichkeit, den Verbrecher unter Polizeiaufsicht zu stellen, Gebrauch macht, dem Verbrecher für die Dauer der Aufsicht die Nachsicht des § 79 StGB. erhalten würde, behauptet selbst Merkel nicht. Hier schließt schon die Natur dieser Nebenstrafe, die Binding[78]) mit Recht als

---

[75]) So Frank, II, 2 zu § 79. — von Liszt S. 245. — Meyer-Allfeld S. 364. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Ders., Kommentar N. 8 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79. — Rüdorff-Stenglein, N. 2 zu § 79. — Schütze S. 202. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.

[76]) So Geyer in H. Rl. Bd. 2 S. 508. — Meyer-Allfeld S. 364 Anm. 36. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Ders., Kommentar N. 8 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.

[77]) In H. H. Bd. 4 S. 236.

[78]) Grundr. d. StrR. S. 264.



eine unechte bezeichnet, die Erstreckung der Anwendbarkeit des § 79 StGB. für die Zeit ihrer Dauer aus.

Die Begründung, die Oppenhoff-Delius a. a. O. und — im Anschlusse an Oppenhoff — Olshausen an der angezogenen Stelle der Vorbestrafungen für seine — im Ergebnisse richtige — Ansicht bringt, ist, soweit Polizeiaufsicht in Frage kommt, nicht durchaus zwingend; denn ein äußerer Vollstreckungsakt — mehr fordert Oppenhoff-Delius nicht — findet, wenn die Polizeibehörde von der ihr zugesprochenen Füglichkeit Gebrauch macht, statt. Allerdings geht dieser Akt nicht von der regelmäßig zur Strafvollstreckung berufenen Behörde — der Staatsanwaltschaft oder dem Amtsrichter —, sondern von der Polizeibehörde aus.

Es gibt aber, auch soweit Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit in Frage kommt, noch einen weiteren Grund für die hier vertretene Ansicht. Die Motive des Entwurfes I und III zum Strafgesetzbuche [nämlich zu § 65 des Entwurfes I und zu § 72 des Entwurfes III] führen als einzigen Grund der milderen Bestrafung real konkurrierender Straftaten an, daß die Verbüßung sämtlicher durch sie verwirkten Freiheitsstrafen eine ungerechtfertigte Verschärfung der Strafen selbst enthalten würde, da die Schwere der Freiheitsstrafe intensiv härter wirke, je länger sie dauere. Von diesem Standpunkte aus muß man zu der Ansicht gelangen, daß in jedem Falle die Möglichkeit der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe dann ausgeschlossen ist, wenn die Hauptstrafe voll verbüßt ist, denn nach diesem Zeitpunkte, — mag auch die Nebenstrafe noch in Wirksamkeit sein —, kann, wenn von neuem auf eine Freiheitsstrafe erkannt wird, von einer unbilligen Intensitätssteigerung, die der Gesetzgeber hat vermeiden wollen, nicht mehr die Rede sein.

Unstreitig ist ferner, daß eine Strafe „erlassen" im Sinne des § 79 StGB. erst in dem Augenblicke ist, in dem der nicht erlassene Teil der Strafe verbüßt ist, oder, falls der gesamte Strafrest erlassen ist, mit dem Zeitpunkte, zu dem der Verurteilte auf Grund des Gnadenaktes aus der Haft entlassen wird, und daß nicht etwa der Tag maßgebend ist, von dem der Gnadenakt datiert ist.[79]) Bei Erlaß einer Freiheitsstrafe vor Strafantritt und bei gnadeweisem Erlaß einer Geldstrafe ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Gnadenaktes durch die Strafvollstreckungsbehörde maßgebend.

Bestritten ist die Frage, ob die Verbüßung einer erkannten Strafe die Anwendbarkeit des § 79 StGB. auch dann ausschließt, wenn ein später — aber vor der Verbüßung der im ersten Urteile erkannten Strafe — ergangenes Urteil, das den Delinqenten wegen Straftaten verurteilte, die vor jener ersten Verurteilung begangen waren, im Rechtsmittelwege aufgehoben wird und nunmehr — nach inzwischen erfolgter Verbüßung der im ersten Urteile erkannten Strafe — ein neues verurteilendes Erkenntnis ergeht.

Olshausen[80]) und Oppenhoff-Delius[81]) sind der Meinung, daß in einem solchen Falle dem Delinquenten die Anwendbarkeit der Grundsätze der §§ 74 bis 78 StGB. erworben sei, und daß daher trotz der inzwischen

---

[79]) So Olshausen, Kommentar N. 8 Abs. 2c zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 3a zu § 36. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.
[80]) Vorbestr. S. 59. — Kommentar, N. 9 zu § 79.
[81]) N. 21 zu § 79.

erfolgten Verbüßung der früheren Strafe diese doch in dem neuen auf Strafe lautenden Erkenntnisse gemäß § 79 StGB. zu berücksichtigen sei.

Demgegenüber steht das Reichsgericht[82]) auf dem m. E. richtigen Standpunkte, daß in solchen Fälen die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ausgeschlossen sei. Mit Recht hebt es in der Entscheidung vom 3. Februar 1899 hervor, daß in den Motiven des Entwurfes III zum Ausdruck komme, daß bei der — im ersten Entwurfe fehlenden — Beschränkung der Zulässigkeit des Nachtragserkenntnisses auf die Zeit, zu der die frühere Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sei, das Hauptgewicht auf die Erledigung der früheren Strafen gelegt sei, daß der Gesetzgeber die „abschließende Wirkung" der Verbüßung, der Verjährung und des Erlasses im Auge gehabt habe. Es sei zwar richtig, daß, falls das spätere Urteil[83]) rechtskräftig geworden wäre, die Zurückführung der durch dieses und das frühere Urteil ausgesprochenen Strafen auf eine Gesamtstrafe nach § 492 der StPO. hätte erfolgen müssen; nachdem aber vor der neuen Verurteilung das frühere Strafverfahren durch Verbüßung der Strafe seinen Abschluß gefunden habe, könne § 79 StGB. nicht mehr angewendet werden. Es handle sich insoweit um eine Ungleichheit, die überall, wo real konkurrierende Straftaten nacheinander abgeurteilt würden, auch bei einem durchaus regelmäßigen Verlaufe der getrennten Behandlung eintreten könnten, und für die die Ausgleichung, soweit sie angezeigt erscheine, durch den zuletzt erkennenden Richter innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu suchen und in der Mehrzahl der Fälle auch zu finden sei.

Diesen Ausführungen wird man sich allenthalben anschließen können.[84])

Ob die Anwendbarkeit des § 79 StGB. dadurch berührt wird, daß vor einer anderweiten, einer aufgehobenen Verurteilung nachfolgenden Verurteilung die im ersten Urteile erkannte Strafe erlassen worden oder verjährt ist, darüber schweigen Olshausen und Oppenhoff-Delius. Nach dem oben Gesagten ist dahin zu entscheiden, daß auch, wenn die frühere Strafe

---

[82]) II 28. 11. 79. R. 1 S. 102. — II 3. 2. 99. E. 32 S. 7. — III 19. 11. 06. E. 39 S. 275.

[83]) in dem im zur Entscheidung vorliegenden Falle das frühere Urteil nicht berücksichtigt worden war.

[84]) Die Unbilligkeit, die darin gefunden werden kann, beruht auf dem Gesetze, das dem Verurteilten die Wohltat der §§ 74/78 StGB. nicht gewährt, wenn er die erste Strafe bereits verbüßt hat, bevor die zweite Verurteilung erfolgt. Andererseits kann diese Gesetzesvorschrift in manchen Fällen auch zu einer ungerechten Bevorzugung dessen führen, der durch Erschöpfung aller Instanzen und durch Strafaufschub- und Gnadengesuche die Strafvollstreckung möglichst weit hinausschiebt, gegenüber dem, der sich der Strafe sofort unterwirft und sie antritt. Es kann auf diese Weise sogar vorkommen, daß zwei völlig gleichschuldige Mittäter, die zwei Straftaten, die nacheinander zur Aburteilung gelangen, gemeinsam begangen haben, trotz völlig gleicher Einzelstrafen der Art und Dauer nach ungleiche Strafen zu verbüßen haben. Z. B.: A. und B. haben gemeinsam am 1. Januar 1908 einen schweren und am 10. Januar 1908 einen einfachen Diebstahl verübt. Beide werden am 1. März 1908 wegen des einfachen Diebstahls zu je zwei Monaten Gefängnis verurteilt. A. tritt die Strafe sofort an, B. erreicht durch Rechtsmitteleinlegung usw. Strafaufschub bis zum 15. Mai 1908. Am 10. Mai 1908 werden beide wegen des schweren Diebstahls zu je einem Jahre Zuchthaus verurteilt. A., der seine Gefängnisstrafe schon verbüßt hat, muß die einjährige Zuchthausstrafe voll verbüßen; gegen B. muß auf eine Gesamtzuchthausstrafe erkannt werden, die ein Jahr, einen Monat und zehn Tage nicht erreichen darf. Das mag unbillig sein, entspricht aber dem Standpunkte des geltenden Rechts.

auf diese Weise ihre Erledigung gefunden hat, die Anwendung des § 79 StGB. ausgeschlossen ist.[85]) [86])

Teil II.

Das Verfahren.

§ 6.

Allgemeines.

Beim Vorliegen der im ersten Teile dieser Abhandlung besprochenen Voraussetzungen sind nach der Bestimmung des § 79 StGB. die Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGB. noch nachträglich zur Anwendung zu bringen. Dabei ergeben sich in der Praxis mancherlei Schwierigkeiten, vor allem, wenn die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne gemäß § 74 StGB. in Frage kommt. Es soll daher noch kurz dargelegt werden, in welcher Weise der spätere Richter bei der nachträglichen Anwendung der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGB. zu verfahren hat, und zwar soll zunächst die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe im engern Sinne und dann die nachträgliche Bildung einer den Vorschriften der §§ 75 bis 78 StGB. entsprechend gehäuften Strafe besprochen werden.

Es würde außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegen, alle die zum Teil recht interessanten Fragen zu erörtern, die sich bei der Prüfung der Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. überhaupt ergeben. Diese sollen vielmehr nur insoweit behandelt werden, als dies notwendig erscheint, um klar zu stellen, in welcher Weise sie auch nachträglich zur Anwendung zu bringen sind.

§ 7.

Die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe im engeren Sinne.

Eine nach § 79 StGB. zu bildende Gesamtstrafe muß sich innerhalb des durch § 74 StGB. festgelegten Strafrahmens halten, der folgendermaßen bestimmt ist: die Mindeststrafe bildet die schwerste Einzelstrafe Summe der Einzelstrafen, vermindert auf die nächstniedrige Strafgröße, die Höchstgrenze ist doppelt bestimmt: einmal wird sie gebildet durch die Summe der Einzelstrafen, vermindert auf die nächstniedrige Strafgröße, und ferner darf nach § 74 Abs. 3 StGB. fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehn-

---

[85]) Hinsichtlich des Erlasses der Strafe, ebenso RG II 28. 11. 79. R. 1 S. 102.

[86]) Oppenhoff-Delius bemerkt noch in N. 20 zu § 79, daß die Verbüßung pp. der früheren Strafe die Anwendbarkeit der §§ 74/78 StGB. auch dann ausschließe, wenn die Strafverfolgung der später abzuurteilenden Handlung vom Verletzten ausgehe, wiewohl in einem solchen Falle eine böswillige Verzögerung der Verfolgung durch den Verletzten denkbar sei. Den Ausgleich für hieraus etwa sich ergebende Unbilligkeiten glaubt er in der möglichen Übernahme der Verfolgung durch den Staatsanwalt, ev. in der Strafzumessung durch den Richter zu finden. — Daß in dieser Weise durch Schikane des Verletzten Unbilligkeiten sich ergeben können, ist sicher richtig, brauchte wohl aber kaum festgestellt zu werden. Schikanös verzögerte Anzeige, hinausgeschoben in der ausgesprochenen Absicht, den in der Verbüßung einer Freiheitsstrafe begriffenen Verbrecher der Wohltaten der §§ 74 bis 78 StGB. nicht teilhaftig werden zu lassen, übt natürlich ebensowenig einen Einfluß auf die abschließende Wirkung der Verbüßung pp. der früheren Strafe aus.

jähriges Gefängnis[87]) und fünfzehnjährige Festungshaft nicht überschritten werden.

Auch der spätere Richter muß von Einzelstrafen ausgehen; er darf also, wenn das frühere Urteil bereits in einer Gesamtstrafe besteht, nicht etwa diese seiner Berechnung zugrunde legen, er muß vielmehr auf die Einzelstrafen zurückgehen, aus denen die frühere Gesamtstrafe gebildet ist.

Wie sich von selbst versteht, ist das frühere — rechtskräftige — — Urteil, soweit es die Schuld des Angeklagten ausspricht, schlechthin bindend für den späteren Richter, und ebenso, mit einer einzigen Ausnahme, die weiter unten zu besprechen sein wird, soweit es für das oder die früher abgeurteilten einzelnen Delikte Strafe bestimmt. So die gemeine Meinung.[88])

Hieraus ergibt sich eine Beschränkung des an sich nach § 74 StGB. gegebenen Strafrahmens für den Fall, daß in dem früheren Urteile bereits auf eine Gesamtstrafe erkannt worden war. Theoretisch würde dann unter Umständen der spätere Richter, der bei der Neubemessung der Gesamtstrafe ebenfalls von der schwersten Einzelstrafe als der Einsatzstrafe auszugehen hat, auf eine niedrigere Gesamtstrafe als die in dem früheren Urteile verhängte erkennen können. Das würde aber, wie das Reichsgericht[89]) zutreffend hervorhebt, eine „Kritik und Korrektur" des früheren Urteils bedeuten, die dem späteren Richter nicht zusteht. Dieser ist vielmehr in einem solchen Falle bei der Neubemessung der Gesamtstrafe nach unten hin durch die früher erkannte Gesamtstrafe beschränkt.[90]) Derselben Meinung ist Oppenhoff-Delius.[91]) Allerdings leidet diese Regel keine Anwendung für den Fall, daß für die später abzuurteilende Tat Zuchthaus verwirkt ist, während die früher erkannte Gesamtstrafe auf Gefängnis oder Festungshaft lautete. Dann bringt es, wie später[92]) auszuführen sein wird, die exceptionelle Natur der Vorschrift des § 74 Abs. 2 StGB mit sich, daß die neuzuerkennende Gesamtstrafe — unter Berücksichtigung des nach § 21 StGB. gegebenen Maßstabs — unter Umständen milder ausfallen kann als die früher erkannte Gesamtstrafe.

Wenn übrigens Oppenhoff-Delius a. a. O. den zweiten Richter auch nach oben hin in der Bemessung der neuen Gesamtstrafe beschränken will, insofern die neu auszumessende Gesamtstrafe die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neu ausgeworfenen Einzelstrafen nicht überschreiten dürfe, so ist dem nicht zuzustimmen. Nach oben hin bildet vielmehr die Summe aller Einzelstrafen die Grenze. Es ist sehr wohl der Fall denkbar, daß der frühere Richter, hätte er die neu entdeckte Tat gekannt und mit abzuurteilen gehabt, auf eine höhere Gesamtstrafe als die von Oppenhoff-Delius errechnete erkannt haben würde, nämlich dann, wenn schon in der bloßen Tatsache, daß der Beschuldigte außer den früher

---

[87]) Gegen Jugendliche kann bis auf 15 Jahre Gefängnis erkannt werden (§ 57 Z. 1 und Z. 3 StGB.).

[88]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrR. S. 295 N. 7b zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 552. — Frank III Abs. 1 zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 60. — Ders., Kommentar N. 11 Abs. 2 zu § 79. — Otto, in den Annalen d. Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 153.

[89]) III 13. 5. 82. E. 6 S. 283.

[90]) Ob eine Erhöhung der früheren Gesamtstrafe eintreten muß, darüber vergl. § 8.

[91]) N. 14 zu § 79.

[92]) S. 339 f.

abgeurteilten Straftaten noch weitere, nämlich die nunmehr zur Aburteilung anstehenden, begangen hat, ein strafschärfendes Moment zu erblicken ist. — Das Ergebnis der Berechnungsart von Oppenhoff-Delius ist übrigens, daß der allseitig anerkannte und auch von Oppenhoff-Delius a. a. O. ausdrücklich hervorgehobene Grundsatz, wonach bei der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe eine früher bereits erkannte Gesamtstrafe nicht als Rechenfaktor einzusetzen ist, vielmehr die ihr zugrunde liegenden Einzelstrafen in Rechnung zu stellen sind, fast jeder praktischen Bedeutung beraubt wird. Der Strafrahmen, den Oppenhoff-Delius aufstellt, ist beinahe identisch mit dem, den man erhalten würde, wenn man die frühere Gesamtstrafe als solche als Faktor in Rechnung stellen würde; wenn man auf die letztere Art verführe, so würde der Spielraum für die neu zu bemessende Gesamtstrafe bestimmt sein durch die frühere Gesamtstrafe vermehrt auf die nächsthöhere Strafgröße als untere Grenze und durch die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neuen Einzelstrafen vermindert auf die nächstniedrige Strafgröße als obere Grenze. Von diesem Strafrahmen unterscheidet sich der von Oppenhoff-Delius aufgestellte nur dadurch, daß er nach oben und unten hin um eine einzige Strafgröße weiter ist: nach Oppenhoff-Delius bildet die frühere Gesamtstrafe die untere und die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neuen Einzelstrafen die obere Grenze.

Ist es nun in einem früheren Urteile, das bereits eine Gesamtstrafe aussprach, unterlassen worden, die Einzelstrafen, aus denen sie gebildet worden ist, in den Gründen aufzuführen, so entsteht eine Schwierigkeit, die kaum befriedigend zu lösen ist. Es fehlen dann dem späteren Richter die Elemente zur Bildung der neuen Gesamtstrafe.

Olshausen[93]) und ebenso das Reichsgericht[94]) beseitigen diese Schwierigkeit ziemlich gewaltsam, indem sie dem zweiten Richter kurzer Hand die Befugnis verleihen, noch nachträglich die Einzelstrafen, deren Festsetzung der frühere Richter unterlassen hatte, zu bestimmen und also insoweit, wie Olshausen a. a. O. seines Kommentars sich ausdrückt, „materiell auf das frühere Urteil einzugehen". Mit Recht wendet sich Reiffel[95]) gegen ein derartiges Verfahren, das im Gesetze keine Stütze findet. Zutreffend hebt er hervor, daß nur der *erkennende* Richter ermessen kann, welche Strafe für die einzelne Straftat verwirkt sei. Man wird ihm auch darin zustimmen müssen, daß es in einem solchen Falle das „Korrekteste" wäre, die Bildung einer Gesamtstrafe überhaupt abzulehnen. Für die Praxis schlägt Reiffel folgenden Ausweg vor:

1. Für den Fall, daß die früher erkannte Gesamtstrafe *schwerer* ist als die neuerlich verwirkte Einzelstrafe oder die schwerste der neuerlich verwirkten Einzelstrafen, soll der Richter die frühere Strafe überhaupt nicht oder nur um einen Bruchteil der von ihm ausgeworfenen Einzelstrafe — eventuell der schwersten Einzelstrafe — erhöhen.

2. Stehen die Strafen im entgegengesetzten Verhältnis, so hat der Richter die neuerdings verwirkte — eventl. die schwerste — Einzelstrafe um einen Bruchteil der früheren Gesamtstrafe zu erhöhen.

Dem Bedürfnisse der Praxis würde dieser Vorschlag gerecht werden. Immerhin kann ein derartiges Verfahren nur als ein Notbehelf bezeichnet

---

93) Vorbestr. S. 66, 67. — Kommentar N. 13 zu § 79.
94) II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — Fer.S. 27. 7. 83. R 5 S. 522.
95) Im GS 37 S. 478 ff.

werden; seine Anwendung bleibt bedenklich. Die Begründung aber, mit der Olshausen[96]) diesen Notbehelf verwirft, kann als stichhaltig nicht anerkannt werden. Olshausen gibt a. a. O. als möglich zu, daß der spätere Richter auf diese Weise praktisch zu demselben Ergebnisse gelangen könne, wie wenn er selbständig die unterlassene Bestimmung der Einzelstrafen nachhole und dann die Gesamtstrafe aus den neugewonnenen Einzelstrafen bilde, es lasse sich aber nicht sagen, daß er auf beiden Wegen notwendig zu demselben Ergebnisse gelangen müsse, und deshalb würde sein Erkenntnis eine Nichtigkeit enthalten, wenn er die Strafe nicht den Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGB. gemäß bestimmt. Er übersieht dabei, daß er sich selbst den von ihm empfohlenen Ausweg auch nur durch eine Gesetzesverletzung bahnt, indem er aus eigener Machtvollkommenheit, ohne daß ihm das Gesetz hierzu eine Befugnis verleiht, das frühere rechtskräftige Urteil „ergänzt".

Urteile, die eine Gesamtstrafe aussprechen, ohne in den Gründen die Einzelstrafen aufzuführen, werden übrigens kaum mehr erlassen, dem später urteilenden Richter werden vielmehr die Einzelstrafen, die er seiner Nachtragsentscheidung zugrunde zu legen hat, jetzt wohl fast ausnahmslos festbestimmt vorliegen. Aber auch in diesem Falle ergibt sich eine Reihe von Schwierigkeiten, die in folgendem kasuistisch, wie ihre Natur es erfordert, behandelt werden sollen.

Vorausgeschickt sei nur noch, daß, was die Form des Nachtragserkenntnisses anlangt, der Ausspruch einer sogenannten Zusatzstrafe als richtig erscheint. Ausgenommen bleibt ein Fall, in dem dies unmöglich ist.

Früher ist viel darüber gestritten worden, ob es richtig sei, auf eine neue Gesamtstrafe zu erkennen mit der Maßgabe, daß durch sie die früher erkannte Strafe in Wegfall komme, oder ob eine Zusatzstrafe auszusprechen sei.

Die Meinung, daß nur durch Ausspruch einer neuen Gesamtstrafe der Bestimmung des Gesetzes Genüge geschehe, vertreten Herbst,[97]) Merkel[98]) und Reiffel[99]), und zwar der letztere mit der Begründung, der kategorischen Vorschrift des § 74 StGB., wonach auf eine Gesamtstrafe zu erkennen sei, könne keinesfalls durch ein zusätzliches Erkennen genügt werden. Der Richter könne nur auf die Einzelstrafe oder eine Gesamtstrafe, nicht aber auf ein „Bruchstück einer Gesamtstrafe" erkennen.

Das Reichsgericht hat sich wiederholt[100]) dahin ausgesprochen, daß „völlig korrekt" nur die Festsetzung einer einheitlichen Gesamtstrafe sei, daß es aber zulässig sei, auf eine Zusatzstrafe zu erkenen, falls diese nur den Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. gemäß gebildet sei, da materiell auf beide Arten dem Gesetze Genüge geschehe. Olshausen[101]) schließt sich dieser Ansicht des Reichsgerichts allenthalben an.

Für die Form der Zusatzstrafe, — soweit diese nicht, wie erwähnt, aus-

---

[96]) Vorbestr. S. 66, 67.
[97]) In Goltd. Arch. 24 S. 14.
[98]) In H. H. Bd. 4 S. 235.
[99]) Im GS 40 S. 217 ff.
[100]) Vgl. z. B. II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — IV 14. 6. 92. I. W. 1892. S. 407[7].
[101]) Kommentar N. 12b zu § 79.

geschlossen ist —, treten ein: Bennecke-Beling,[102]) Binding,[103]) Finger,[104]) Geyer[105]) und Liszt.[106]).

Die Form der Zusatzstrafe ist aus den von Binding a. a. O. aufgeführten Gründen vorzuziehen. Es handelt sich im Falle des § 79 StGB., wie Binding ausführt, eben nicht darum, eine neue Gesamtstrafe in ihrem vollen Umfange nach dem freien Ermessen des später urteilenden Gerichts zu verhängen, denn nicht alle, sondern nur eine oder mehrere der real konkurrierenden Straftaten stehen zur Aburteilung, sondern nur um die Ausmessung einer neuen Gesamtstrafe, wobei das eine oder die mehreren Strafäquivalente des früheren Urteils unverändert in Rechnung zu stellen sind. Von dieser so ausgemessenen Gesamtstrafe ist die frühere Strafe abzuziehen und der Rest als Zusatzstrafe zu verhängen. —

Bei der nachträglichen Bildung einer Gestamtstrafe ergeben sich nun folgende Möglichkeiten:

1. Die in dem ersten Urteile erkannte Strafe — (im folgenden der Kürze halber mit A. bezeichnet) — und die für das später abzuurteilende Delikt verwirkte Strafe bezw. bei mehreren Delikten die mehreren Strafen — (in der Folge kurzweg mit B. bezeichnet) — gehören derselben Strafart an. In diesem Falle bieten sich im allgemeinen keine Schwierigkeiten. Die schwerste Einzelstrafe, mag diese nun in dem früheren oder späteren Urteile erkannt sein, wird unter Beobachtung der Vorschriften von § 74 Abs. 3 StGB. erhöht, von dieser Strafe wird die Strafe des ersten Urteils — mag diese bereits eine Gesamtstrafe sein oder nicht — abgezogen, und der Rest wird als Zusatzstrafe verhängt.

2. Größere Schwierigkeiten entstehen, wenn verschiedenen Strafarten angehörige Strafen auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen sind. Besteht A. oder B. in Zuchthaus, und der andere Faktor in Gefängnis oder Festungshaft, so kommt es — anders als beim Zusammentreffen gleichartiger Strafen — wesentlich darauf an, ob A. oder B. die Einsatzstrafe enthält oder darstellt. Zunächst muß daher die Vorfrage entschieden werden: Ist beim Zusammentreffen von Zuchthausstrafe mit Gefängnis oder Festungshaft die Zuchthausstrafe stets als die Einsatzstrase zu betrachten, auch wenn sie unter Zugrundelegung des Maßstabes von § 21 StGB. milder ist, als die erkannte Gefängnis- oder Festungshaftstrafe? Nach der bestimmten Fassung des Abs. 2 des § 74 StGB. wird man nicht umhin können, diese Frage zu bejahen, trotz der eigentümlichen Folgerungen, die sich daraus ergeben. § 74 Abs. 2 StGB. bestimmt:

> „Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein."

Damit hat der Gesetzgeber unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die im ersten Absatze des § 74 StGB. vorgeschriebene Erhöhung bei der in concreto verwirkten Einzelstrafe der schwersten Strafart [— in Wirklichkeit kommt hierbei immer nur Zuchthaus in Frage —] vorzunehmen ist, und zwar auch dann, wenn die außerdem verwirkten Strafen der leichteren Art, nach dem Maßstabe des § 21 StGB. in Zuchthaus umgewandelt, schwerer sein sollten als die primär verwirkte Zuchthausstrafe.[107])

[102]) S. 394.
[103]) Grundr. d. StrR. S. 295 N. 7b zu § 79.
[104]) Bd. 1 S. 553.
[105]) In H. Rl. Bd. 2 S. 508.
[106]) S. 281 Anm. 1.
[107]) Ebenso Binding, Grundr. d. StrR. S. 292. — Geyer, H. Rl. Bd. 2 S. 507. 509. — Preuß. ObTrib. 1. 3. 76. Goltd. Arch. 24 S. 126, 127.

Daß diese Auffassung richtig ist, ergeben auch die Motive zu § 72 [74] des Entwurfes III, in denen folgendes ausgeführt wird:

„Bei der Frage, welches der im einzelnen Falle zusammentreffenden Verbrechen und Vergehen das schwerste sei, hat der Entwurf den Grundsatz angenommen, daß, wenn sie mit ungleichartigen Freiheitsstrafen bedroht sind, dasjenige als das schwerste zu betrachten sei, bei welchem die ihrer Art nach schwerste Strafe verwirkt ist. Es ist daher, wenn bei einem der zusammentreffenden Verbrechen und Vergehen eine Zuchthausstrafe, bei den übrigen aber Gefängnisstrafe verwirkt wird, die verwirkte Zuchthausstrafe selbst dann zugrunde zu legen, wenn sie ihrer Dauer nach kürzer ist, als die durch die übrigen Handlungen verwirkten einzelnen Gefängnisstrafen."

Ohne weiteres ist allerdings zuzugeben, daß die Konsequenz, die hieraus zu ziehen ist, im höchsten Maße unbefriedigend ist: der Strafrahmen wird zugunsten des Delinquenten verschoben. Wenn z. B. ein Jahr Zuchthaus mit fünf Jahren Gefängnis zusammentrifft, so kann sich die Gesamtstrafe innerhalb des Rahmens von einem Iahre und einem Tage Zuchthaus und vier Jahren drei Monaten und neunundzwanzig Tagen Zuchthaus bewegen. Daß in diesem Falle der Richter die Füglichkeit hat, sogar auf eine g e r i n g e r e Strafe als drei Jahre vier Monate Zuchthaus, — das Aequivalent für die wegen der anderen Straftat verwirkten fünf Jahre Gefängnis — zu erkennen, bleibt mißlich; der Umstand, daß in praxi der Richter wohl niemals von dieser Füglichkeit Gebrauch machen wird, ändert daran nichts.

Olshausen meint zwar in seinen Vorbestrafungen (S. 61) auch gegenüber der Bestimmung des § 74 Abs. 2 StGB. bleibe der Satz bestehen, daß die Gesamtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten s c h w e r s t e n Strafe bestehe, und es sei daher d i e j e n i g e Strafe die Einsatzstrafe, die nach Umwandelung der minder schweren Strafarten in Zuchthaus sich als die schwerste darstelle. Eine Begründung für seinen Standpunkt gibt Olshausen weder hier noch in seinem Kommentar.[108]) Eine solche Begründung läßt sich auch angesichts des Wortlautes des Abs. 2 des § 74 StGB. und seines Zusammenhanges mit Abs. 1 desselben Paragraphen schlechterdings nicht geben; setzt doch der Abs. 2 ausdrücklich eine A u s n a h m e von der Bestimmung des Abs. 1 fest, wonach grundsätzlich die Gesamtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe bestehen soll. Es hieße Regel und Ausnahme in einem Atem anwenden, wenn man so verführe, wie Olshausen will.

In jedem Falle ist also eine Zuchthausstrafe Strafen der milderen Art gegenüber als Einsatzstrafe zu betrachten.[109])

---

[108]) Dort vertritt er, in N. 12 zu § 79, dieselbe Meinung wie in den Vorbestrafungen. Vorher sagt er allerdings merkwürdigerweise in N. 13 zu § 74:

„Abs. 2 enthält eine für die Ermittelung, welches die verwirkte schwerste Strafe sei, maßgebende Sondervorschrift. Bei dem Zusammentreffen „ungleichartiger Freiheitsstrafen" soll stets die „ihrer Art nach schwerste" erhöht werden, d. h. konkret gesprochen: es ist beim Zusammentreffen von Zuchth. mit Gef. oder Festungsh. nach § 21 stets die Zuchthausstr. zu erhöhen."

[109]) Trifft mit einer Gefängnisstrafe, die gemäß § 44 Abs. 4 Satz 2 oder gemäß § 49 Abs. 2 StGB. an Stelle einer Zuchthausstrafe von kürzerer als einjähriger Dauer erkannt worden ist, eine andere Gefängnisstrase zusammen, so ist die der D a u e r nach längere Strafe die Einsatzstrafe. § 74 Abs. 2 StGB. schlägt dann nicht ein, da kein Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen

Es sind nun zwei Möglichkeiten gegeben:

a) A. besteht in Zuchthaus, B. in Gefängnis oder Festungshaft. Dann sind die Strafen der leichteren Art nach dem Maßstabe des § 21 StGB. in Zuchthaus umzuwandeln. Diese Umwandelung ist nötig, um die Höchstgrenzen des § 74 Abs. 3 StGB. zu ermitteln. Danach ist unter Beobachtung dieser Grenze und unter Zugrundelegung der Zuchthausstrafe als Einsatzstrafe diejenige Gesamtstrafe zu ermitteln, auf die der frühere Richter erkannt haben würde, wenn ihm die nunmehr abzuurteilende Tat mit zur Aburteilung vorgelegen hätte. Von dieser Strafe ist A. abzuziehen und der Rest als Zusatzstrafe zu verhängen. — Bestand A. schon in einer Gesamtzuchthausstrafe, so darf nach dem oben S. 336 Gesagten keinesfalls auf eine geringere Gesamtstrafe erkannt werden.

b) B. besteht in Zuchthaus, A. in Gefängnis oder Festungshaft: Dann tritt ein Widerstreit ein zwischen dem Grundsatze, daß der später urteilende Richter das erste Urteil, auch was die Straffestsetzung anlangt, nicht abändern darf, und der positiven Bestimmung des § 74 Abs. 2 StGB., wonach die Gesamtstrafe durch Erhöhung der Zuchthausstrafe als Einsatzstrafe zu bilden ist. „Denn" — wie Binding[110]) hervorhebt — „gerade die im späteren Urteile zu verhängende Strafe bildet die Einsatzstrafe: die Strafe des früheren Urteils darf damit nicht kumuliert, sondern sie muß zu einer Zustazstrafe herabgemindert werden, deren Größenbestimmung allein von dem zweiten Richter abhängt." Das Erkennen einer Zusatzstrafe ist unmöglich; der zweite Richter muß eine selbständige, auch die früher abgeurteilten Delikte mit umfassende Gesamtstrafe festsetzen und aussprechen, daß die früher erkannte Strafe wegfalle. — So die gemeine Meinung.[111])

Ist nun im Falle b) die frühere Strafe zur Zeit der Fällung des Nachtragserkenntnisses bereits in der Verbüßung begriffen, so muß der zweite Richter die Tatsache der begonnenen Verbüßung in seinem Urteile berücksichtigen, um zu verhindern, daß der Verurteilte wegen der früher abgeurteilten Straftat (oder Straftaten) doppelt Strafe verbüße.[112])

In welcher Form diese Berücksichtigung zu geschehen hat, ist bestritten.

Merkel[113]) verlangt, daß im Tenor des Nachtragserkenntnisses der etwa bereits verbüßte Teil der früher erkannten Strafe in Abzug gebracht werde, d. h. also der bis zum Tage der Verkündung des Nachtragserkenntnisses verbüßte Teil. Derselben Meinung sind offen-

---

vorliegt. Vgl. Preuß. ObTrib. vom 1. 3. 76. Goltd. Arch. 24 S. 126. — RG. IV 8. 5. 94. J. W. 1894. S. 339[1].

[110]) Grundr. d. StrR. S. 296 Nr. 7γ zu § 79.

[111]) Binding, Grundr. d. StrR. S. 296 N. 7γ zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 65. — Olshausen, Kommentar N. 12c zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 9 zu § 79. — RG. II 22. 6. 80. E. 2 S. 198. — RG. II 20. 2. 83. E. 8 S. 62.

[112]) In allen übrigen Fällen ist, wie oben ausgeführt, im Nachtragserkenntnisse die Form der Zusatzstrafe zu wählen, was ein Eingehen auf die in Verbüßung begriffene erste Strafe überflüssig macht. Dieser praktische Vorteil, den die Form des zusätzlichen Erkennens gewährt, ist selbst für diejenigen, die beide Formen des Nachtragserkenntnisses für zulässig erachten, ein Grund mehr, der Form der Zusatzstrafe den Vorzug zu geben.

[113]) H. H. Bd. 4 S. 236.

bar auch Binding[114]) und Rüdorff-Stenglein[115]) und wohl auch Meyer-Allfeld[116]). Eine Begründung gibt keiner der Genannten.

Demgegenüber ist aber folgendes zu beachten:

In Wegfall kommt die frühere Strafe erst, wenn das zweite Urteil die Rechtskraft beschreitet. Bis dahin wird die frühere Strafe der leichteren Art weiter vollstreckt. Abzurechnen ist also nach vorschriftsmäßiger Umwandlung der bis zum Eintritte der Rechtskraft des zweiten Urteils vollstreckte Teil der ersten Strafe. Welchen konkreten Zeitraum dieser Teil umfaßt, kann der zweite Richter nicht feststellen, da er nicht weiß, ob und wann sein Urteil rechtskräftig werden wird. Nur die — unmögliche — Abrechnung dieses konkreten Zeitraumes hätte einen Zweck; zwecklos ist es dagegen, den Teil der früheren Strafe, der bis zur Verkündung des zweiten Urteils verbüßt ist, abzurechnen, denn dann müßte immer noch durch die Strafvollstreckungsbehörde eine zweite Abrechnung des zwischen Verkündung und Rechtskraft des zweiten Urteils vollstreckten Teiles der ersten Strafe erfolgen.

Wenn es nun auch durchaus nicht gesetzlich unzulässig ist, den bis zur Verkündung des zweiten Urteils verbüßten Teil der ersten Strafe in konkreten Zeiteinheiten im zweiten Urteile abzuziehen,[117]) so erscheint es doch zweckentsprechender, wenn der zweite Richter sich mit dem Ausspruche begnügt, daß der bis zu dem Augenblicke der Rechtskraft seines Erkenntnisses verbüßte Teil der früheren Strafe nach Umwandlung in Zuchthaus gemäß § 21 StGB. auf die von ihm verhängte Gesamtzuchthausstrafe anzurechnen sei.[118]) Für diese Form der Anrechnung spricht auch, daß, wie Olshausen a. a. O. seines Kommentars zutreffend ausführt, der zweite Richter in vielen Fällen bei der Fällung des zweiten Urteils nicht einmal genau wissen wird, wie weit die Vollstreckung der ersten Strafe gediehen ist. — Diese Anordnung wird der Richter mit Rücksicht auf § 483 Abs. 1 der StPO. im verfügenden Teile des Urteils zu treffen haben, nicht, wie Olshausen[119]) will, nur in den Gründen seines Erkenntnisses, doch ist dies eine Frage von minderer Bedeutung. Das Reichsgericht[120]) steht auf dem Standpunkte, daß die Anordnung sowohl im Tenor als in den Gründen erfolgen könne. Dieser Ansicht schließen sich Finger[121]) und Frank[122]) an.

Rubo[123]) spricht sich entschieden dagegen aus, daß der zweite Richter überhaupt darauf Rücksicht nimmt, ob ein Teil der ersten Strafe bereits verbüßt ist; nach ihm soll das zweite Urteil weder in dem Tenor noch in

---

[114]) Grundr. d. StrR. S. 296 N. 7γ zu § 79.

[115]) N. 9 zu § 79.

[116]) S. 363.

[117]) Vgl. RG. I 17. 5. 83. E. 8 S. 385.

[118]) Finger, Bd. 1 S. 553.— Olshausen, Vorbestr. S. 75, 76. — Ders., Kommentar N. 18 zu § 79. — Otto in den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 155. — RG. II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — RG. IV 2./5. 1. 86. R 8 S. 3.

[119]) Vorbestr. S. 76. — Kommentar N. 18 zu § 79.

[120]) II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — I 17. 5. 83. E. 8 S. 385.

[121]) Bd. 1 S. 553.

[122]) III Abs. 2 zu § 79. Eigentümlicherweise sagt Frank an dieser Stelle, die Strafanrechnung habe einzutreten, wenn die im ersten Urteile auferlegte Strafe schon g a n z oder teilweise zur Zeit der späteren Urteilsfällung verbüßt sei, obwohl er sich n i c h t darüber ausspricht, daß im Falle völliger Verbüßung überhaupt noch ein Nachtragserkenntnis ausnahmsweise möglich sei (vgl. oben S. 331 f).

[123]) N. 2 zu § 79.

den Gründen einen Ausspruch darüber enthalten, in welcher Weise der verbüßte Teil der Strafe auf die Gesamtstrafe anzurechnen sei, dies zu bestimmen ist seiner Meinung nach lediglich Aufgabe der Strafvollstreckungsbehörde. Demgegenüber muß aber betont werden, daß allerdings der Strafvollstreckungsbehörde die Aufgabe zufällt, nach Rechtskraft des zweiten Urteils zu berechnen, welcher konkrete Zeitraum von der Gesamtstrafe mit Rücksicht auf die teilweise Verbüßung der früheren Strafe abzuziehen ist, daß sie aber hierzu einer im Tenor des zweiten Urteils auszusprechenden Anweisung bedarf. Anderenfalls müßte sie streng genommen nach § 483 Abs. 1 der StPO. die Gesamtstrafe in vollem Umfange vollstrecken, da ein Fall von § 482 der StPO. nicht vorliegt.

§ 8.

Nichterhöhung der früher erkannten Strafe.

Es können Fälle eintreten, in denen der später urteilende Richter die früher erkannte Strafe entweder nicht erhöhen darf oder doch nicht zu erhöhen braucht.

Der erste Fall liegt dann vor, wenn der erste Richter bereits auf die Höchststrafen des § 74 Abs. 3 StGB. (fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis, fünfzehnjährige Festungshaft) erkannt hat. Dann ist der später urteilende Richter gezwungen, unter Feststellung der Schuld des Angeklagten die frühere Strafe beizubehalten.[124]) [125])

Es kann aber auch der zweite Richter unter Umständen, wenn bereits der erste Richter auf eine Gesamtstrafe erkannt hatte, diese als eine genügende Ahndung auch für die von ihm abgeurteilte Straftat unverändert beibehalten. Er wird dies nur dann tun können, wenn er, hätte er an Stelle des früheren Richters die von diesem abgeurteilten Straftaten und die neu hervorgekommene — jetzt tatsächlich seinem Spruche unterliegende — Tat gleichzeitig abzuurteilen gehabt, auf keine höhere als die von dem ersten Richter tatsächlich festgesetzte Gesamtstrafe erkannt haben würde. Das folgt aus dem Grundsatze, daß der Verbrecher bei einer nachträglichen Aburteilung einer später entdeckten Tat ebenso ge-

---

[124]) So Binding, Grundr. d. StrR. S. 296 N. 7δ zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 553. — Olshausen, Kommentar N. 14 Abs. 2 zu § 79.

[125]) Erkennt der zweite Richter auf eine eintägige Freiheitsstrafe (Gefängnis oder Festungshaft), so ist ebenfalls eine Erhöhung der vom ersten Richter erkannten Strafe nicht möglich. Diese Schwierigkeit kann natürlich nicht nur bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe auftreten, sie liegt ebenso bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 StGB. vor. Sie beruht auf der Bestimmung des § 19 Abs. 2 StGB., wonach die Dauer anderer Freiheitsstrafen als Zuchthaus nur nach vollen Tagen berechnet werden darf, und der Vorschrift des § 74 Abs. 3 StGB., die die Häufung der Einzelstrafen verbietet. Der letztere Grundsatz darf zu Ungunsten des Angeklagten sicherlich nicht durchbrochen werden; ihm gegenüber muß nach der Regel in dubio pro reo der Grundsatz der Strafschärfung bei Realkonkurrenz zurücktreten. Ebensowenig aber erscheint es angängig, auf Bruchteile von einem Tage zu erkennen, wie Frank (III 2 zu § 74) es will. Was sollte dann den Richter hindern, bei besonders leichten Fällen — und um solche handelt es sich hier doch meistens —, bei denen er selbst die gesetzlich zulässige Mindeststrafe für zu hart hält, beispielsweise auf eine Gesamtstrafe von einem Tage und einer Stunde Gefängnis zu erkennen? Mit dem ernsten Charakter der Kriminalstrafe ist — wie Olshausen (Kommentar N. 6b zu § 19) mit Recht hervorhebt — eine kürzere als eintägige Dauer einer Freiheitsstrafe unvereinbar. — Vgl. auch Binding, Grundr. d. StrR. S. 293; RG. IV 4. 6. 97. E. 30 S. 141.



stellt werden soll, als wäre diese Tat von dem ersten Richter mit abgeurteilt worden.[126])

Nicht recht verständlich ist es, wenn Olshausen,[127]) gegen Binding polemisierend, es verneint, daß etwas darauf ankomme, ob der erste Richter, wenn er alle Straftaten abzuurteilen gehabt hätte, eine höhere Gesamtstrafe ausgesprochen hätte oder nicht. Es entscheide vielmehr allein das freie Ermessen des späteren Richters. Der zweite Richter ist ja unter allen Umständen gezwungen, sich an die Stelle des ersten Richters zu versetzen, er muß die von diesem ausgesprochene Gesamtstrafe in ihre Einzelstrafen auflösen, für die seiner Aburteilung unterliegende Tat eine Einzelstrafe auswerfen und nun erwägen, welche Gesamtstrafe für sämtliche Taten des Angeklagten angemessen ist. Nach unten hin ist er dabei durch die früher erkannte Gesamtstrafe[128]) beschränkt, nach obenhin durch die Summe der Einzelstrafen. Innerhalb dieses Spielraumes kann und muß er, — da es für eine Errechnung der Gesamtstrafe keine mathematische Formel gibt, und da er aus seiner Haut nicht in die des ersten Richters hineinkann —, allerdings nach seinem pflichtgemäßen freien Ermessen die ihm angemessen scheinende Gesamtstrafe finden. Daß dabei ein anderes Ergebnis herauskommen kann, als wenn der erste, individuell bestimmte Richter die Gesamtstrafe festgesetzt hätte, ist selbstverständlich, denn an persönliche Gepflogenheiten des ersten Richters — z. B. die Einsatzstrafe erhöht um die Hälfte der Summe der außerdem verwirkten Einzelstrafen regelmäßig als Gesamtstrafe zu verhängen — ist der zweite Richter sicherlich nicht gebunden. Wenn verlangt wird, er solle sich auf den Standpunkt des früheren Richters stellen, so kann das hier nur soviel heißen, daß er die neu abzuurteilende Tat nicht als einzelne betrachten soll, sondern im Zusammenhange mit den bereits abgeurteilten, mit denen sie gleichzeitig ihre Ahndung hätte finden können, und daß er demgemäß die Gesamtstrafe bemessen soll.

§ 9.

Die gleichzeitige Aburteilung von Straftaten, die teils vor, teils nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind.

Gelangen gleichzeitig mehrere Straftaten zur Aburteilung, von denen eine oder mehrere vor einer früheren Verurteilung begangen sind und mit der oder den in dem früheren Erkenntnisse abgeurteilten Straftaten im Verhältnis des § 79 StGB. stehen, während eine oder mehrere von diesen Straftaten nach dieser früheren Verurteilung begangen worden sind, so ist es nicht angängig, sämtliche Einzelstrafen, die in dem alten und dem neuen Urteile ausgeworfen worden sind, auf eine einheitliche Gesamtstrafe zurückzuführen.

Allerdings hält Olshausen auch in der neuesten Auflage seines Kommentars[129]) noch mit Zähigkeit an der von ihm schon in den „Vorbestrafungen"[130]) vertretenen Ansicht fest, daß in diesem Falle die milderen

---

[126]) So Binding, Grundr. d StrR. S. 296 N. 76 zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 553 — Oppenhoff-Delius, N. 14 zu § 79.

[127]) Kommentar N. 14 Abs. 1 zu § 79.

[128]) Vgl. oben S. 336. Natürlich kann der hier besprochene Fall überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn die für die später abgeurteilte Tat verwirkte Einzelstrafe niedriger ist als die frühere Gesamtstrafe.

[129]) N. 15 zu § 79.

[130]) S. 67 ff.

Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGB. zur Anwendung gebracht werden müßten, einmal hinsichtlich der früher abgeurteilten und der vor der früheren Aburteilung begangenen, neuentdeckten Straftaten, und sodann nochmals hinsichtlich aller Straftaten, die neuerlich zur Aburteilung gelangen.

Das Verfahren stellt sich nun nach Olshausen[131]) folgendermaßen dar:

a bezeichnet die Strafe für die bereits abgeurteilte Tat,
b die Strafe für die vor a begangene, nach § 79 StGB. abzuurteilende Tat und
c die Strafe für die nach a begangene Tat.

Vier Möglichkeiten sind gegeben:

I. 1. Möglichkeit:
b ist schwerer als a und als c, z. B.
a = 2 Jahre Gefängnis,
b = 3 Jahre Gefängnis,
c = 1 Jahr Gefängnis,

Dann erhöht Olshausen b als die Einsatzstrafe im Verhältnis zu a und c, und zwar wegen a etwa um 1 Jahr, wegen c etwa um ½ Jahr, und erkennt auf insgesamt 4½ Jahre Gefängnis, muß aber selbst zugeben, daß diese Strafe als „Gesamtstrafe" im Sinne des Strafgesetzbuches nicht bezeichnet werden darf.

II. 2. Möglichkeit:
a und c sind beide schwerer als b, z. B.
a = 3 Jahre Gefängnis,
b = 1 Jahr Gefängnis,
c = 2 Jahre Gefängnis.

Dann sind zwei Einsatzstrafen vorhanden, a und c im Verhältnisse zu b. Olshausen erhöht a auf etwa 3½, c auf etwa 2¾ Jahr, und erkennt, da nicht beide Erhöhungen wegen derselben Strafe b vollstreckt werden dürfen, auf zusammen 5¾ Jahre Gefängnis, indem er nur die größere wegen b erkannte Erhöhung von ¾ Jahren zu den zu addierenden Einsatzstrafen a und c hinzurechnet.

III. 3. Möglichkeit:
b ist schwerer als a aber weniger schwer als c, z. B.
a = 1 Jahr Gefängnis,
b = 2 Jahre Gefängnis,
c = 3 Jahre Gefängnis.

Dann ist b im Verhältnisse zu a, und c im Verhältnisse zu b die Einsatzstrafe. b wird auf etwa 2¾, c auf etwa 4 Jahre erhöht. Da b in den vier Jahren schon enthalten ist, kann es nicht daneben nochmals vollstreckt werden, nur die zu b hinzugetretene Erhöhung von ¾ Jahren wird zu den vier Jahren hinzugerechnet, so daß auf zusammen 4¾ Jahre erkannt wird.

IV. 4. Möglichkeit:
b ist schwerer als c aber weniger schwer als a, z. B.
a = 3 Jahre Gefängnis,
b = 2 Jahre Gefängnis,
c = 1 Jahr Gefängnis.

Hierbei ist das Ergebnis dasselbe wie bei der 3. Möglichkeit.

[131]) Vorbestr. S. 68, 69.

Die Bildung derartiger Strafen ist unzulässig. Mit Recht führt das Reichsgericht[132]) aus, daß das Gesetz nur die Bildung einer Gesamtstrafe aus Einzelstrafen, nicht aber aus mehreren Gesamtstrafen oder aus Gesamtstrafen und Einzelstrafen kenne. Jede Berechnungsweise, die den Zweck hätte, die §§ 74 und 79 StGB. auch für die nach der ersten Verurteilung begangenen Straftaten (— unter c —) anzuwenden, müßte dazu führen, daß die Einzelstrafen für die vor der früheren Verurteilung begangenen Straftaten (— unter b —) entgegen dem Grundsatze ne bis in idem bei der Ermittelung der Gesamtstrafe doppelt in Ansatz kämen, während es an jedem Maßstabe für eine etwaige Reduktion gebrechen würde. Dieser letzte Satz trifft in dieser Allgemeinheit freilich nur auf die oben unter II, III und IV angeführten Fälle zu. Was diese Fälle anlangt, so sind allerdings die Gegengründe, die darin gegen die Olshausensche Art der Strafenbildung aufgeführt werden, durchschlagend. Die Olshausensche Reduktionsmethode ist in der Tat, — wie das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung gleichfalls ausspricht —, willkürlich und findet im Gesetze keinerlei Anhalt.

Aber auch für den Fall I ist die Olshausensche Methode nicht annehmbar. Allerdings würde der Satz ne bis in idem nicht verletzt sein, da b im Verhältnis zu a und c, — die unter sich in keinem Verhältnisse stehen —, die Einsatzstrafe bildet. Aber auch die von Olshausen in diesem Falle angewendete Art der Strafenberechnung findet im Gesetze keine Stütze. Er errechnet eine Strafe, die besteht aus b als der Einsatzstrafe erhöht um die Zuschläge, die aus a und c gemäß § 74 StGB. zu bilden wären, wenn aus b und a einerseits und aus b und c andererseits je eine einzelne Gesamtstrafe zu bilden wäre. Die Strafe ist also eine Häufung mehrerer selbständiger Gesamtstrafenteile. Eine „Gesamtstrafe" im Sinne des Gesetzes ist sie nicht, das gibt Olshausen für diesen Fall I selbst zu. Da Olshausen nur bei Fall I hervorhebt, daß diese Strafe nicht als Gesamtstrafe im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen sei, so möchte man fast annehmen, daß er die von ihm in den Fällen II bis IV errechneten Strafen für Gesamtstrafen im Sinne des Gesetzes hält. In Wahrheit sind aber auch sie nichts weiter als gehäufte Gesamtstrafenteile: eine Art Strafen, die das Gesetzbuch nicht kennt, und die auch schon um deswillen zu verwerfen wären.

Noch eine weitere Erwägung allgemeiner Art, die für alle vier Olshausenschen Fälle Geltung hat, zeigt, daß Olshausens Methode falsch ist. Der Richter, der die Vorschriften über die Bildung der Gesamtstrafe einmal rücksichtlich der Straftaten zu b und zu a, gemäß 79 StGB. und dann nochmals rücksichtlich der Straftaten zu b und c gemäß § 74 StGB. anwenden wollte, würde gegen den Grundsatz des § 79 StGB. verstoßen, daß der später urteilende Richter hinsichtlich der vor der früheren Verurteilung begangenen Straftaten sich auf den Standpunkt des zuerst urteilenden Richters zu stellen und so zu verfahren hat, als hätten bereits dem ersten Richter die vor der ersten Verurteilung begangenen, neuentdeckten Straftaten mit zur Abureilung vorgelegen; nimmt er aber diesen Standpunkt ein, so kann er nicht gleichzeitig diese, nachträglich abzuurteilenden Straftaten (zu b) mit den später begangenen (zu c) in Beziehung setzen, denn diese waren, als der erste Richter sein Urteil sprach, noch gar nicht begangen.[133])

[132]) II 5. 4. 81. E. 4 S. 53.
[133]) So auch RG. 5 4. 81. E. 4 S. 53.

Unklar bleibt schließlich noch nach Olshausens Ausführungen, wie er seine Strafen zu errechnen gedenkt, wenn die Einzelstrafen sich den nach § 74 StGB. für die Gesamtstrafe bestimmten Höchstgrenzen nähern. Gelten für seine eigenartigen Häufungsstrafen die Höchstgrenzen von 15 Jahren Zuchthaus, 10 Jahren Gefängnis und 15 Jahren Festungshaft? Zum mindesten zweifelhaft könnte das im Falle I sein, da er die dort errechnete Strafe selbst nicht als Gesamtstrafe angesehen wissen will. Wenn also

b = 10 Jahre Zuchthaus,
a = 8 Jahre Zuchthaus,
c = 9 Jahre Zuchthaus

wäre, so würde b wegen a etwa um 4 Jahre und wegen c etwa um 4½ Jahre zu erhöhen sein. Es wäre also auf eine Strafe von 18½ Jahren Zuchthaus zu erkennen!

Wenn aber — für den Fall I und die übrigen Fälle — Olshausen die Höchstgrenzen des § 74 StGB. auch für seine Strafen maßgebend sein lassen will, so kommt man zu dem absurden Ergebnisse, daß z. B. ein Verbrecher, der im Jahre 1905 zu 8 Jahren Zuchthaus verurteilt worden ist und darauf im Zuchthause einen Totschlag begeht, nichts besseres tun kann, als einzugestehen, daß er bereits im Jahre 1904 einen Totschlag begangen hat. Nach Olshausens Ansicht könnte er dann — einschließlich der in Verbüßung begriffenen achtjährigen Zuchthausstrafe — höchstens 15 Jahre Zuchthaus erhalten, während er, wenn er den Totschlag aus dem Jahre 1904 nicht eingestünde und dessen auch nicht überführt werden könnte, insgesamt 23 Jahre Zuchthaus erhalten könnte.

Allein richtig ist es daher, in solchen Fällen zwei Strafen zu bilden: eine Gesamtstrafe gemäß § 79 StGB., die die Strafe (oder die Einzelstrafen) des früheren Urteils und die Strafe (oder die Strafen) für die vor diesem Urteile begangene Straftat (bezw. begangene Straftaten) umfaßt, und eine weitere Strafe (oder Gesamtstrafe) für die Straftat (oder die Straftaten), die nach dem früheren Urteile begangen sind. So hat auch das Reichsgericht außer in dem bereits zitierten Urteile wiederholt entschieden.[134]) Der gleichen Meinung sind Finger,[135]) Oppenhoff-Delius[136]) und Otto.[137])

§ 10.

Die nachträgliche Bildung gehäufter Strafen.

Strafenhäufung hat einzutreten in folgenden drei Fällen:

1. Wenn Festungshaft nur mit Gefängnis — d. h. hier, ohne daß gleichzeitig eine Zuchthausstrafe verwirkt ist, — zusammentrifft, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen (§ 75 Abs. 1 StGB.). Sind mehrere Strafen der gleichen Art verwirkt, so ist dann aus diesen zunächst eine Gesamtstrafe nach § 74 StGB. zu bilden (§ 75 Abs. 2 StGB.).
2. Zusammentreffende Haftstrafen sind zu häufen (§ 77 Abs. 1 StGB.).
3. Zusammentreffende Geldstrafen sind zu häufen (§ 78 Abs. 1 StGB.).

Der Häufung werden Schranken gesetzt durch die Bestimmungen der §§ 75 Abs. 3, 77 Abs. 2 und 78 Abs. 2 StGB.:

---

[134]) I 24. 4. 84. R 6 S. 292. — I 29. 10. 88. E. 18 S. 333.
[135]) Bd. 1 S. 554.
[136]) N. 13 zu § 79.
[137]) In den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 156.

1. Die Gesamtdauer der erkannten Strafen im Falle 1 darf fünfzehn Jahre nicht überschreiten.

2. Bei mehrfach verwirkter Haftstrafe darf auf keine höhere als eine dreimonatige Haftstrafe erkannt werden.

3. Die an Stelle der Geldstrafen festzusetzenden Freiheitsstrafen dürfen, wenn auf Gefängnisstrafe zu erkennen ist, die Dauer von zwei Jahren, wenn auf Haft[138]) zu erkennen ist, die Dauer von drei Monaten nicht übersteigen.

Die nachträgliche Anwendung dieser Vorschriften durch den zweiten Richter bringt keine neuen Schwierigkeiten mit sich, die nicht schon für den ersten bestanden hätten. Diese zu besprechen liegt außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung.

Der zweite Richter hat lediglich darauf zu achten, daß die oben gekennzeichneten Höchstgrenzen für zu häufende Strafen nicht überschritten werden, und hat gegebenenfalls die von ihm ausgesprochene Strafe soweit zu ermäßigen, daß die Summe der früheren Strafe und der von ihm verhängten Strafen gleich dem vom Gesetze festgelegten Höchstbetrage ist. Ist der Höchstbetrag schon im ersten Urteile erreicht, so muß die frühere Strafe beibehalten werden; der zweite Richter muß sich dann — soweit nicht nach § 78 Abs. 1 StGB. die Verhängung einer Geldstrafe in Frage kommt — mit der Feststellung der Schuld des Angeklagten begnügen.

Nur wenn eine Ermäßigung in Frage kommt, oder wenn in dem ersten Urteile bereits auf den Höchstbetrag erkannt worden war, ist es notwendig, daß der zweite Richter in der Urteilsformel auf das frühere Urteil Bezug nimmt.[139])

Andernfalls erscheint eine derartige Bezugnahme nicht erforderlich; ein Ausspruch, „daß die neue Strafe neben der alten zu vollstrecken sei", — wie ihn Otto[140]) von dem zweiten Richter verlangt — kann als überflüssig entbehrt werden.

§ 11.

Nebenstrafen.

Für die Verhängung von Nebenstrafen neben einer Gesamtstrafe ist der § 76 StGB. maßgebend, der bestimmt, daß die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausschließt, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist, und daß ebenfalls neben einer Gesamtstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann, wenn dies auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist.

An der Lückenhaftigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung liegt es, daß Streit herrscht über die Frage, wie beim Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Nebenstrafen zu verfahren sei. Auf diese Frage, deren Prüfung an sich nicht innerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegt, muß

---

[138]) Dem Wortlaute des § 78 Abs. 2 StGB. nach ist diese Höchstgrenze von drei Monaten Haft nur gegeben, „wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Übertretungen erkannt worden sind", mit Recht aber wird in Wissenschaft und Praxis allgemein angenommen, daß diese Vorschrift Anwendung leidet auf alle als Ersatzstrafen festzusetzende Haftstrafen, mögen die an erster Stelle ausgesprochenen Geldstrafen für Übertretungen oder Vergehen erkannt worden sein.

[139]) Olshausen, Vorbestr. S. 70. — Ders., Kommentar Nr. 16a zu § 79.

[140]) In den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGer. Bd. 10 (neue Folge) S. 156.

gleichwohl hier kurz eingegangen werden, da sonst nicht deutlich gemacht werden kann, wann die nachträgliche Anwendung des § 76 StGB. durch den zweiten Richter gemäß § 79 StGB. überhaupt möglich ist.

Da die im § 76 StGB. genannten Nebenstrafen, — die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ist als stillschweigend mit inbegriffen zu betrachten —, wie aus der Fassung des § 76 Abs. 2 StGB. zu entnehmen ist, „neben der Gesamtstrafe" zu erkennen sind, und da in den §§ 32, 35 und 38 StGB. kein Unterschied zwischen Einzelstrafen und Gesamtstrafen gemacht wird, so wird mit Recht allgemein angenommen, daß die in §§ 32 Abs. 2, 35 Abs. 1 und 38 Abs. 2 StGB. bestimmten Höchstgrenzen auch dann Geltung haben, wenn der Gesamtstrafe mehrere Einzelstrafen zu Grunde liegen, neben deren jeder Nebenstrafen der gleichen Art zu verhängen sind. Auch beim Vorliegen einer derartigen Gesamtstrafe darf also neben Zuchthaus kein längerer als zehnjähriger, neben Gefängnis kein längerer als fünfjähriger Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen werden, die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter darf auf keine längere Zeit als fünf Jahre ausgesprochen werden, und die Dauer der Polizeiaufsicht darf fünf Jahre nicht überschreiten.[141])

Bestritten ist dagegen, in welcher Weise der Richter die Gesamtdauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte oder des Verlustes der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zu bemessen hat.[142])

Das Gesetz schweigt über das zu beobachtende Verfahren.

Überwiegend ist in Wissenschaft und Praxis die Meinung vertreten, daß nicht die neben den Einzelstrafen als verwirkt anzusehenden Beträge der Nebenstrafen zu häufen seien. Diese Ansicht vertritt vor allem Olshausen in seinem Kommentare,[143]) indem er aus der Erwägung, daß nach § 76 StGB. die Verhängung der Nebenstrafen neben der Gesamtstrafe erfolgen soll, weiter folgert, daß der Richter, wenn neben mehreren Einzelstrafen eine Nebenstrafe zulässig sein würde, dennoch nicht deren Zeitdauer, wie er sie gegebenenfalls neben jeder der Einzelstrafen bemessen haben würde, auszumessen brauche, ja nicht einmal ausmessen dürfe, daß vielmehr die Zeitdauer der Nebenstrafe neben der Gesamtstrafe einheitlich zu bestimmen sei. Die gleiche Meinung vertritt das Reichsgericht[144]) mit der Begründung, daß es die Gesamtstrafe im Gegensatze zu den Einzelstrafen sei, die die Grundlage für die Ehrenstrafe bilde. Das Reichsgericht führt noch weiter aus, wenn das Gesetz die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben den Einzelstrafen für zulässig erachtet hätte, Anlaß zu einer Bestimmung gewesen wäre, ob die Gesamtdauer der Ehrenstrafe durch Zusammenrechnung der einzelnen Zeiträume oder etwa nach Art der Gesamtfreiheitsstrafe zu finden sei.

Gegen die Kumulation mehrfach verwirkter gleichartiger Neben-

---

[141]) So Hälschner Bd. 1 S. 690 Anm. 4. — Meyer-Allfeld S. 362. — Merkel in H. H. Bd. 2 S. 584. — Olshausen, Kommentar N. 2 zu § 76. — Oppenhoff-Delius N. 4 zu § 76.

[142]) Bei der Erklärung der Zulässigkeit der Polizeiaufsicht ergeben sich keine Schwierigkeiten, da der Richter nicht den Zeitraum zu bestimmen hat, während dessen die Polizeibehörde von der ihr eingeräumten Füglichkeit Gebrauch machen darf.

[143]) N. 2 Abs. 2 zu § 76.

[144]) II 8. 4. 02. Goltd. Arch. 49 S. 262. — II 6. 2. 03. E. 36 S. 88.

strafen sprechen sich noch von Schwarze[145]) und Rüdorff-Stenglein[146]) aus, die jedoch keine Begründung ihrer Ansicht geben.

Weder die Gründe des Reichsgerichts noch die Olshausens sind überzeugend. Mit Unrecht folgern beide aus der dem § 76 Abs. 2 StGB. zu entnehmenden Vorschrift, daß die Nebenstrafe „neben der Gesamtstrafe" zu erkennen sei, daß die Gesamtstrafe auch die Grundlage für die Bemessung der Dauer der Nebenstrafen bilden müsse. Diese Folgerung ist in keiner Weise geboten. Die Gesamtstrafe, zu deren Bildung vielleicht zum überwiegenden Teile Einzelstrafen herangezogen worden sind, neben denen der Richter, hätte er sie einzeln verhängt, keine Nebenstrafen hätte aussprechen dürfen, ist so ungeeignet wie möglich, die „Grundlage" für die Bemessung der Zeitdauer der Nebenstrafe zu bilden. So können denn auch weder Olshausen noch das Reichsgericht einen Maßstab aufstellen, nach dem die Gesamtdauer der Nebenstrafe — unter Zugrundelegung der Gesamtfreiheitsstrafe — zu bemessen wäre. Dem freiesten richterlichen Ermessen scheint es überlassen zu sein, eine geeignete Dauer für die Nebenstrafe zu finden.

Ob der Angeklagte bei dieser Art der Nebenstrafenbildung im allgemeinen besser oder schlechter daran ist, als wenn die im einzelnen verwirkten Nebenstrafen gehäuft werden, läßt sich nicht entscheiden. Denn das Reichsgericht und Olshausen verbieten dem Richter, neben den von ihm ausgeworfenen Einzelstrafen, neben denen auf die Nebenstrafe erkannt werden kann, den Betrag zu normieren, der bei gesonderter Aburteilung zu verhängen gewesen wäre. Eine derartig willkürliche Strafenbildung aber läßt sich nicht halten. Wenn in dieser Weise tatsächlich zu verfahren wäre, so hätte es einer positiven gesetzlichen Vorschrift bedurft; nicht aber darf man umgekehrt mit dem Reichsgerichte aus dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung darüber, ob die im einzelnen verwirkten Beträge der Nebenstrafen zusammenzurechnen seien, oder ob die Gesamtdauer der Nebenstrafen nach Art der Gesamtfreiheitsstrafe zu finden sei, folgern, daß weder das eine noch das andere zu tun sei, daß vielmehr eine ihrer Entstehung nach unkontrollierbare einheitliche Nebenstrafe auszusprechen sei. Der richtige Schluß, der aus dem Fehlen einer derartigen Bestimmung zu ziehen ist, ist vielmehr der, daß die neben den Einzelstrafen als verwirkt zu erachtenden Nebenstrafen — unter Einhaltung der Höchstgrenzen der §§ 32 Abs. 2 und 35 Abs. 1 StGB. — zu häufen und ihrem Gesamtbetrage nach neben der Gesamtstrafe zu erkennen sind.

Die gegenteilige Ansicht führt zu dem Ergebnisse, daß der Richter die Nebenstrafe in ihrer Dauer verlängern, also verschärfen kann mit Rücksicht auf Straftaten, die mit Strafen bedroht sind, neben denen die Verhängung der Nebenstrafe unstatthaft ist. Bei der primären Bildung der Gesamtstrafe wird dies niemals erkennbar sein, deutlich wird dies aber im Falle der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe: dann geben Olshausen[147]) und Rüdorff-Stenglein[148]) dem zweiten Richter das Recht, die Dauer der Nebenstrafen zu verlängern, obschon kein einziger der später abzuurteilenden Fälle die Erkenntnis der Nebenstrafe rechtfertigen würde. Dieses Ergebnis ist dem Sinne der Nebenstrafe zuwider, denn nur wegen bestimmter Straftaten soll den Verbrecher neben der erkannten Haupt-

145) N. 3 zu § 76.
146) N. 1 zu § 76.
147) Kommentar N. 2 Abs. 3 zu § 76.
148) N. 4 zu § 76.

strafe die entehrende Nebenstrafe treffen. Es ist ein unannehmbares Ergebnis, daß auf eine längere Nebenstrafe soll erkannt werden dürfen, weil neben Straftaten, die die Nebenstrafe rechtfertigen, zufällig andere Straftaten mit abgeurteilt werden, die bei getrennter Aburteilung die Nebenstrafe nicht nach sich ziehen könnten.[149])

Der Meinung, daß mehrmals verwirkte gleichartige Nebenstrafen zu häufen seien, ist auch Binding,[150]) mit der Begründung, Gesamtstrafe sei stets nur eine Hauptstrafe. Auch Olshausen[151]) hat früher auf dem Standpunkte gestanden, daß gleichartige Nebenstrafen zu häufen seien. Hälschner[152]) spricht sich dahin aus, daß die Kumulierung mehrerer auf Zeit zu erkennender Nebenstrafen durch das Gesetz nicht verboten sei, aber gegen die ratio legis verstoßen würde. Wie zu verfahren sei, sagt er nicht, sondern beschränkt sich auf die Feststellung, daß bei Kumulation jedenfalls nicht über das gesetzliche Höchstmaß hinausgegangen werden dürfe. Merkel scheint der hier vertretenen Ansicht zu sein, wenigstens sagt er,[153]) nachdem er über die bei der Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe notwendigen Rechenoperationen gesprochen hat:

„Die Zuerkennung von Nebenstrafen ist von diesen Operationen unabhängig (§ 76). Es dürfen aber, wenn jene mehrfach verwirkt sind, die in den §§ 32, 35, 38 gezogenen Grenzen nicht überschritten werden.“

Dies kann kaum anders gedeutet werden, als daß er mehrfach verwirkte Nebenstrafen gehäuft wissen will.[154]) Auch Rubo[155]) scheint im Grundsatze Häufung gleichartiger Nebenstrafen zu verlangen, zum mindesten hält er sie für zulässig, wenn nur die gesetzlichen Höchstgrenzen nicht überschritten werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten: der zweite Richter kann nur dann in die Lage kommen, Nebenstrafen der gedachten Art zu verhängen und zu bereits früher verhängten Nebenstrafen in Beziehung zu setzen, wenn ihm selbst Straftaten zur Aburteilung vorliegen, die die Erkennung solcher Nebenstrafen rechtfertigen. Er hat dann die neben den Hauptstrafen verwirkten Beträge gleichartiger Nebenstrafen zu häufen und darauf zu achten, daß die in den §§ 32 Abs. 2, 35 Abs. 1 StGB. gezogenen Höchstgrenzen nicht überschritten werden.

§ 12.
Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen nach § 492 der StPO.

Der § 492 der StPO. bestimmt:

„Ist jemand durch verschiedene rechtskräftige Urteile zu Strafen

---

[149]) Irrtümlicherweise zitieren übrigens sowohl Olshausen wie Rüdorff-Stenglein a. a. O. von Schwarze als Vertreter ihrer Meinung auch in der eben dargestellten letzten Konsequenz. Wohl sagt er in seinem Kommentar in N. 7 zu § 79 StGB., auch die Ehrenstrafe müsse bei nachträglicher Bildung der Gesamtstrafe unter Berücksichtigung sämtlicher Straffälle von neuem bestimmt und nach Befinden in ihrer Dauer erhöht werden, kurz darauf aber erklärt er S. 318 in Anm. 4:

„Eine Erhöhung der Zeit, auf welche die Ehrenrechte aberkannt worden sind, ist nicht zulässig, dafern nicht die Aberkennung selbst durch einen nachträglich zur Aburteilung kommenden Fall gerechtfertigt ist.“

[150]) Grundr. d. StrR. S. 292.

[151]) Vorbestr. S. 72.

[152]) Bd. 1 S.. 690 Anm. 4..

[153]) In H. H. Bd. 2 S. 584.

[154]) Von Schwarze allerdings zitiert Merkel in seinem Kommentare in Anm. 2 zu N. 3 zu § 76 als Vertreter der gegenteiligen Meinung.

[155]) N. 3 zu § 76.

verurteilt worden, und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe (§ 79 des Strafgesetzbuchs) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen."

Der § 492 der StPO. erweitert also das Anwendungsgebiet der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGB. noch über die bereits durch die Bestimmung des § 79 StGB. hinausgeschobenen Grenzen hinaus. Daß die nachträgliche Anwendung nicht bloß der Bestimmungen über die Bildung der Gesamtstrafe — von der allein in dem § 492 der StPO. die Rede ist — sondern auch der Bestimmungen der §§ 75 bis 78 StGB. durch diese prozessuale Vorschrift gesichert werden soll, entspricht ihrem Sinne und ist auch aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 79 StGB. zu folgern. So die gemeine Meinung.[156])

Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 492 der StPO. sind folgende:

1. Gegen denselben Täter müssen mehrere rechtskräftige Urteile vorliegen.

2. Bei dem letzten dieser Urteile müssen die Vorschriften des § 79 „außer Betracht geblieben" sein.

Streit herrscht darüber, wann die letztere Voraussetzung vorliege. Die Motive zu § 414 (dem jetzigen § 492) des Entwurfes der Strafprozeßordnung verneinen die Anwendbarkeit der in dem Paragraphen enthaltenen Bestimmung für den Fall, daß die Zuerkennung einer Gesamtstrafe vermöge einer unrichtigen Auffassung der strafrechtlichen Vorschriften unterblieben sei. Denn dann beruhe das spätere Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes, der durch Rechtsmitteleinlegung abzuhelfen gewesen wäre, und die Sache liege nicht anders, wie bei sonstigen einem Urteile zu Grunde liegenden Rechtsirrtümern des Richters. Solche aber könnten die Anfechtung oder Abänderung eines rechtskräftig gewordenen Urteils nicht begründen. Demgegenüber behauptet Beling,[157]) daß irrige Ausführungen in den früheren Urteilen über die Nichtanwendbarkeit des § 79 StGB. den späteren Richter bei der Prüfung der Frage, ob er gemäß § 492 der StPO. eine Gesamtstrafe zu bilden habe, nicht bänden. Dieselbe Meinung vertritt von Kries,[158]) der gegen die Auslegung des § 492 der StPO. polemisiert, die die Motive an die Hand geben. Er verneint das Ausschlaggebende der Erwägung, daß, wenn der Richter in irriger Auffassung des materiellen Rechtes keine Gesamtstrafe gebildet habe, das Urteil auf einer nur durch Rechtsmittel zu verbessernden Gesetzesverletzung beruhe, und daß dann die Sache nicht anders liege als bei sonstigen Rechtsirrtümern des Richters, die gleichfalls zu keiner Abänderung des rechtskräftigen Urteils führen könnten. Es werde dabei übersehen, daß die Nichtkenntnis der früher ergangenen Urteile sich als ein tatsächlicher Irrtum darstelle, für den ganz entsprechende Erwägungen Platz griffen. So sei denn der § 492 der StPO. eine durch nichts gerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft.[159]) — Der gleichen Meinung ist wohl auch

[156]) von Kries S. 765. — Löwe-Helweg N. 3 zu § 492. — Olshausen, Kommentar N. 19 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhoff-Delius N. 23 zu § 79.

[157]) Bennecke-Beling S. 621 Anm. 43.

[158]) S. 764.

[159]) Daß dies der Fall sei, beklagt auch Meves in H. H. d. Strafpr. Bd. 2 S. 488 Anm. 12. Im übrigen aber steht er auf dem Standpunkte, daß de lege lata der Auslegung der Motive zu folgen sei.

Binding,[160]) wenn er sagt, die Gesamtstrafe sei nach § 492 der StPO. nachträglich vom Gerichte zu bilden, wenn im Falle der Realkonkurrenz verschiedene rechtskräftige Urteile unter Verletzung von § 79 StGB. ergangen seien.

Diese Auffassung wird man nicht teilen können. Man wird die Auslegung, die die Motive dem § 492 der StPO. geben, nicht ohne weiteres bei Seite schieben dürfen. Durch den § 492 der StPO. soll nicht eine besondere Instanz geschaffen werden, der es zusteht, in jedem Falle nachzuprüfen, ob beim Vorhandensein mehrerer rechtskräftiger Urteile gegen denselben Verurteilten ein Fall der Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 79 StGB. vorgelegen hat oder nicht, und der das Recht zusteht, den Fehler des Richters zu verbessern, der infolge irrtümlicher Auffassung der materiellrechtlichen Bestimmungen die Anwendbarkeit des § 79 StGB. verneint hat. Der § 492 der StPO. will den Grundsatz der Unantastbarkeit rechtskräftiger Entscheidungen nicht in diesem Umfange beseitigen, sondern er will nur gewisse Unbilligkeiten verhüten, die dadurch entstehen können, daß Umstände tatsächlicher Natur, wie die Unkenntnis von der früheren Verurteilung, den späteren Richter an der Anwendung des § 79 StGB. gehindert haben. Etwas anderes könnte man aus den Worten „außer Betracht geblieben" auch nicht herauslesen, selbst wenn die Motive das, was sich der Gesetzgeber bei diesen Worten gedacht hat, nicht so deutlich zum Ausdrucke bringen würden. Eine ganz andere Frage, die hier nicht zur Entscheidung steht, ist die, ob es de lege ferenda richtig war, das Prinzip der Rechtskraft, wie geschehen, zu durchbrechen, um Unbilligkeiten zu beseitigen, die sich doch bei dem vom Strafgesetzbuche angenommenen Systeme für die Bestrafung real konkurrierender Straftaten nie völlig werden vermeiden lassen. Weil nun aber de lege lata in § 492 der StPO. tatsächlich der Grundsatz der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen zu Gunsten einer erweiterten Anwendung der §§ 74 bis 78 StGB. durchbrochen worden ist, so erscheint es doch keineswegs angezeigt, diese Durchbrechung in größerem Umfange zuzulassen, als der Gesetzgeber beabsichtigte.

Der § 492 der StPO. wird also keinesfalls dann anwendbar sein, wenn der zuletzt erkennende Richter die von ihm abzuurteilende Straftat auf ihr Verhältnis zu der oder den vorher abgeurteilten Straftaten geprüft, aber infolge unrichtiger Anwendung materiell rechtlicher Vorschriften es verneint hat, daß die Voraussetzungen des § 79 StGB. vorliegen, und deswegen von der Anwendung der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGB. abgesehen hat. In einem solchen Falle kann nicht die Rede davon sein, daß diese Vorschriften „außer Betracht geblieben" seien. Gegen ein solches Urteil können nur die ordentlichen Rechtsmittel helfen; ist es aber rechtskräftig geworden, so bleibt für die Anwendung der Bestimmung von § 492 der StPO. kein Raum.[161])

In allen anderen Fällen aber, in denen es nicht ersichtlich ist, daß der spätere Richter infolge Rechtsirrtums die Bildung einer Gesamtstrafe abgelehnt hat, hat der § 492 der StPO. Platz zu greifen, also besonders auch dann, wenn der spätere Richter an der Verhängung einer Gesamtstrafe dadurch gehindert war, daß zur Zeit seines Urteilsspruches das oder die

---

160) Grundr. d. Strpr. S. 299 VII 1b.

161) So auch Bennecke, Lehrbuch (1895) S. 798 Anm 18. — Löwe-Hellweg N. 1a zu § 492.

früheren Straferkenntnisse die Rechtskraft noch nicht beschritten hatten (vergl. oben S. 165 ff.).

Die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß des Gerichts erster Instanz. Die Zuständigkeit regelt sich nach § 494 Abs. 3 der StPO.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe nach § 492 der StPO. nicht. Erwähnt sei nur, daß zur Bildung einer Gesamtstrafe im Falle des § 492 der StPO. unter Umständen auch eine zur Zeit der Beschlußfassung durch Verbüßung vollständig erledigte Strafe herangezogen werden kann, falls diese nur zur Zeit der letzten Urteilsfällung, als die Anwendung des § 79 StGB. an sich möglich gewesen wäre, aber außer Betracht geblieben ist, noch nicht völlig verbüßt war.[162])

Das Verfahren gegen geisteskranke Verbrecher.

Von Rechtsanwalt Hans Landau in Nürnberg.

I.

Gemäß § 51 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, und daher auf Freisprechung zu erkennen, wenn der Täter z. Zt. der Begehung der Handlung sich in einem Zustand der Bewußtlosigkeit, oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. In all' diesen Fällen bleibt der Täter also von irgend welcher Strafvollstreckung verschont. Doch wäre die Behauptung, daß er damit ein besseres Los erwählt habe, gar oft unrichtig, weil die Folgen solcher Freisprechung für ihn und die Seinen weit bitterer sein können, als die härteste Strafe, welche gedroht hätte.

Die weitere Gestaltung des Verfahrens gegen solche geisteskranke Verbrecher ist reichsrechtlich nicht geregelt; auch in dem im vergangenen Jahre veröffentlichten Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung fehlt hierüber jede weitere Vorschrift. Wenn solche in dem derzeit geltenden Reichsstrafgesetzbuch nicht enthalten ist, so erklärt dies wohl von vornherein dessen Entstehungszeit. Damals, sohin vor mehr als 30 Jahren, war die Erkenntnis im Bereich der Geisteskrankheiten verglichen mit deren heutigen fortschreitenden Entwickelung, welche immer dahin drängt, eifrigst bei jedem Täter etwaige krankhafte Veranlagung und ihre Beziehungen zur Tat zu prüfen, noch sehr dürftig. Die Jetztzeit dagegen könnte man fast eine Zeit des Kampfes zwischen Strafanstalt und Irrenanstalt nennen. Dies zeitigt aber von selbst die Forderung, gerade da, wo letztere siegt, das sogenannte administrative Ermessen durch strenge Verfahrensvorschriften nach Möglichkeit einzudämmen, wo nicht gar zu beseitigen. Diese Regelung und demgemäßer Ausbau des Gesetzes ist zum Zwecke der Einheitlichkeit Aufgabe der Reichsgesetzgebung. Denn, wo der geisteskranke Täter zur Aburteilung gelangt, ob im Norden oder

---

[162]) Vgl. Beschl. des OLG. Dresden vom 22. 12. 87. Goltd. Arch. 37 S. 236. Löwe-Hellweg N. 1a zu § 492.



Süden, im Osten oder Westen des Deutschen Reiches, das dürfte für all' die angeregten und anzuregenden Fragen wohl überall unwesentlich sein.

Wie notwendig nun solche Gesetzgebung ist, dürften folgende Erwägungen rechtfertigen: Die Prüfung der Anwendbarkeit des § 51 a. a. O. ist derzeit in jedem Teile des Strafverfahrens gestattet. Daher kann sogar aus diesem Grunde die Staatsanwaltschaft solches im Keim ersticken, indem es die Verfolgung der strafbaren Handlung, ohne tatsächlich auf deren Voraussetzung einzugehen und sie festzustellen, sogar gegen den eigenen Willen des Täters lediglich auf Grund des § 51 a. a. O. ablehnt. In der Richtung weiter, welche Beweismittel und Erhebungen die Erwägungen rechtfertigen, ist ihm jeder Einfluß genommen: Es gibt weder ein Recht der Beschwerde, noch ein Recht auf Eröffnung des Hauptverfahrens, noch ein Recht auf Einholung und Berücksichtigung bestimmter vom Täter selbst, seinem Vormund, oder seinen Angehörigen beantragten Gutachten. Dieses Spiel kann sich beliebig oft wiederholen und plötzlich in bitteren Ernst umschlagen: nämlich dann, wenn die Verwaltungsbehörde solche staatsanwaltschaftliche Einstellungsbeschlüsse für genügende Grundlagen hält, darauf die Entschließung der zwangsweisen Verwahrung solcher geisteskranken Täter zu bauen. Über die Form, den Inhalt und die Begründung solcher Entschließungen, wie überhaupt über das dabei einzuhaltende Verfahren fehlt jede Vorschrift, sodaß der zu Verwahrende völlig rechts- und schutzlos ist. Noch drohender wird die Gefahr, wenn zufällig, wie in Sachen schöffengerichtlicher Zuständigkeit möglich, der die Aufgaben der Staatsanwaltschaft vollziehende Beamte auch Verwaltungsbeamter ist, welcher die Frage der Zulässigkeit zwangsweiser Einschaffung zu behandeln hat. Wo ist hier ein genügender Schutz für den angeblich geisteskranken Täter, damit er nicht schwerere Übel erleiden muß, als sie gegebenenfalls für einen nichtgeisteskranken Täter wären? Wo sind die Rechte zum Schutze eines solchen Verwahrten? Wie ist es möglich, die Aufhebung der Verwahrung zu erreichen, auf daß nicht der angeblich geisteskranke Täter sein Leben lang unter tatsächlich Geisteskranken zubringen muß, jeder Freiheit entbehrend und dadurch mit der Zeit vielleicht geisteskrank werdend? Man bedenke, daß es ein Recht des Verwahrten, seines Vormundes, oder seiner Angehörigen auf Einholung der von diesen beantragten Gutachten und deren Berücksichtigungszwang bei Feststellung der Voraussetzungen für die Notwendigkeit der Verwahrung nirgends festgelegt ist. Wie oft auch diese Frage oder diejenige der Fortdauer der Verwahrung zur Behandlung kommt, immer genügt es, die Akten mit den Gutachten des gleichen Arztes zu schließen, den Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens unberücksichtigt, ja unerwähnt zu lassen, nicht minder weitere Gründe gegen die Verwahrung nebst den weiter angelegten Gutachten überhaupt nicht zu prüfen: Alles ist hier Wohlwollen, für das man danken muß, weil das dürftigste Recht fehlt.

Und welche Folgen haben diese Entschließungen für die Angehörigen, denen so der Schützer und Ernährer auf immer geraubt ist, welche dadurch mit Notwendigkeit der Armenpflege zur Last fallen, ja so selbst vielleicht den dem Pfad des Elends nahen und verwandten Pfad des Verbrechens gewiesen werden! Auch möge nicht unberücksichtigt bleiben, daß nicht nur der so Verwahrte, sondern auch seine unglücklichen Angehörigen dadurch vor der Welt oft weit mehr gebrandmarkt sind, als wenn dem Täter seine Strafe geworden wäre. Ob diese schweren Folgen im

Verhältnisse zu den möglichen Wirkungen der für die Verwahrung grundlegenden strafbaren Handlungen stehen, ist gleichfalls nach der derzeit bestehenden Gesetzgebung unwesentlich.

II.

Eine gesetzliche Regelung hat zuerst die Frage zu prüfen, wann die Zurechenbarkeit gemäß § 51 a. a. O. in Erwägung zu ziehen ist. Dies hat vor der Öffentlichkeit zu geschehen, weil alle nicht öffentlichen Verfahren nur in den der Allgemeinheit unzugänglichen Aktenstücken beurkundet sind. Dadurch würden aber sofort über die Berechtigung der zur Anwendung beschlossenen Maßregeln Zweifel auftauchen und so eine höchst bedauerliche Unsicherheit infolge der Unmöglichkeit öffentlicher Rechtfertigung eine geheime Gärung und Unzufriedenheit zeitigen, welche nur im Verfolge des Gebotes der Klugheit unausgesprochen bleibt. Man bedenke nur, wie schwerverständlich dem Laien das bejahende Gutachten über die Frage der Geisteskrankheit oft erscheint, weil die lichten Zwischenräume des angeblich Geisteskranken gar große sind und die Krankheit für einen Laien lange Zeit verborgen bleiben kann! Man lese z. B. die Memoiren des „Fürsten der Diebe, Manolescu" und überzeuge sich aus den hier geschilderten Täuschungen der Irrenärzte, welche Schwierigkeiten auch für sie ein Gutachten über den Geisteszustand haben kann, und daß Irrtümer und Zweifel über die Bejahung oder Verneinung einer Geisteserkrankung kaum zu vermeiden sind!

Sohin ist die Prüfung der mehrerwähnten Frage dem erkennenden Gerichte zu überlassen und nur in der Hauptverhandlung vorzunehmen: Aus diesem Grunde darf die Staatsanwaltschaft nicht die Erhebung der öffentlichen Klage ablehnen; es muß daher in allen derartigen Fällen das Vorverfahren durchgeführt und darf auch nicht aus diesem Grunde die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt werden.

Aber auch das erkennende Gericht darf nicht ohne weiteres in diesen Beweis eintreten, sondern erst dann, wenn die strafbare Handlung an sich auf Grund der vorerst nur hierüber zu betätigenden Beweisaufnahme bejaht werden muß; anderenfalls ist die Beweisaufnahme über den Geisteszustand des Täters abzulehnen und sofort auf Freisprechung zu erkennen.

So erhellt auch, daß es nicht angängig erscheint, wenn in einem Strafverfahren Zweifel über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen infolge seines Geisteszustandes geäußert werden, hierüber in dem gleichen Verfahren Beweisaufnahme erfolgt, weil der Zeuge nicht Angeklagter ist und ihm daher die diesem gegebene Möglichkeit der Rechtfertigung abgeschnitten ist. In diesen Fällen muß erforderlichen Falls das Verfahren ausgesetzt werden, um den Ausgang des neu einzuleitenden Verfahrens gegen den bisherigen Zeugen und nunmehrigen Beschuldigten abzuwarten.

Wie ist nun eine Beweisaufnahme über den Geisteszustand, wenn erforderlich, zu betätigen? Es darf der Entlastungsbeweis, welchen der Angeklagte, seine Angehörigen, der Verteidiger, der etwa bestellte Vormund, für oder gegen die Anwendbarkeit des § 51 a. a. O. angeboten haben, nicht abgelehnt werden. Es muß insbesondere auf deren Antrag die nach geltendem Recht zulässige Beobachtung des Geisteszustandes in einer Anstalt, auch in einer weiteren, als in der vom Gericht gewählten, erfolgen, in welcher naturgemäß Flucht- und Kollisionsgefahr ausgeschlossen sein müssen. Selbstverständlich ist hier ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben.

Der Gutachter als Gehilfe des erkennenden Gerichtes hat sein Gutachten gleich diesem lediglich auf die Beobachtung, die Vorgänge, die Vorträge und Verlesungen in der Hauptverhandlung selbst zu stützen. Es erscheint zur Vermeidung jedweder Beeinflussung unangängig, dem Gutachter in die Akten des Vorverfahrens, sei es vor, oder während der Hauptverhandlung, Einblick zu gewähren.

Gehen mehrere erholte Gutachten auseinander, so darf auf Grund der sich so ergebenden Zweifel über den Geisteszustand des Täters nach richterlichem Ermessen die Freisprechung in Anwendung des § 51 a. a. O. berechtigt sein. Dagegen muß die Anordnung zwangsweiser Verwahrung unbedingt Übereinstimmung sämtlicher vernommenen Gutachter voraussetzen.

Der Ausspruch der Zulässigkeit dieser Anordnung und demnach die Prüfung ihrer Voraussetzung ist lediglich Sache des erkennenden Gerichtes, nicht etwa einer Verwaltungsbehörde, gleich der Anordnung der Überweisung an die Landespolizeibehörde, der Zulässigkeit der Polizeiaufsicht, oder der Anordnung der Verwahrung eines minderjährigen Täters. Mit diesem letzteren hat ja der geisteskranke Täter manche Ähnlichkeit und deshalb wäre die Übertragung der in § 114 Bürgerlichen Gesetzbuches für das bürgerliche Recht erfolgten Gleichstellung auf das Strafrecht, insbesondere auch hinsichtlich des Strafmaßes lebhaftest zu begrüßen.

Die Verwahrung selbst darf nicht in die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde fallen, sondern muß durch das Vormundschaftsgericht als Zweig seiner Fürsorge betätigt werden, damit also die Entmündigung des angeblich Geisteskranken voraussetzend. Dieser Antrag kann ja auch nach jetzigem Recht in allen Fällen gemäß § 646 der Reichszivilprozeßordnung von dem Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte gestellt werden. Seine Aufgabe ist es also, den Vollzug der im Urteil erkannten Zulässigkeit der zwangsweisen Verwahrung beim Vormundschaftsgerichte gleich dem Strafvollzuge zu betätigen, dazu zunächst, falls der zu Verwahrende noch nicht entmündigt ist, diesen Antrag zu stellen und durchzuführen. Etwaigen Schaden in der Zwischenzeit wird die Anwendung der Vorschriften über vorläufige Vormundschaft verhüten, deren Anordnung während ihrer Dauer die vorläufige Durchführung der zwangsweisen Verwahrung rechtfertigt.

Was nun die Urteilsfassung anlangt, so ist in dieser stets ersichtlich zu machen, ob die Freisprechung in Anwendung des § 51 a. a. O. erfolgt ist. Weil auch hierin ein dem Angeklagten nachteiliger Spruch enthalten ist, müssen hier die für jedes verurteilende Erkenntnis maßgebenden Vorschriften, insbesondere die Einlegung von Rechtsmitteln durch und zu Gunsten des Angeklagten Anwendung erleiden. Vielleicht ist auch in Erwägung zu ziehen, ob und inwieweit solche Urteile zu veröffentlichen sind, um so der Öffentlichkeit die Möglichkeit eines Selbstschutzes zu geben und vor dem Täter zu warnen.

Erkennt nun das Urteil die selbstverständlich auch mit den gesetzlichen Rechtsmitteln gegen eine dem Angeklagten nachteilige Entscheidung anfechtbare Zulässigkeit der zwangsweisen Verwahrung, so ist hinsichtlich ihrer Dauer das Verhältnis zu dem für einen zurechnungsfähigen Täter angedrohten Übel herzustellen. Es erscheint, wie derzeit möglich, eine nicht zu rechtfertigende Härte, wenn z. B. der geisteskranke Täter lebenslänglich zwangsweise verwahrt und damit in der Wirkung gleich dem zu

lebenslänglicher Strafhaft Verurteilten dauernd vernichtet ist, obwohl die zu erwartende Strafe nur eine zeitige gewesen wäre, vielleicht nicht einmal die Dauer eines Jahres erreicht hätte. Diese Ausgleichung dürfte dadurch zu erzielen sein, daß nicht bei jeder strafbaren Handlung die Anordnung der zwangsweisen Verwahrung zulässig ist, sondern nur dann, wenn es sich um ein Verbrechen im engsten Sinne handelt, oder durch Wiederholung solcher strafbarer Handlungen der Beweis deren Gewohnheitsmäßigkeit dargetan ist; deshalb sind auch Freisprechungen in Anwendung des § 51 a. a. O. stets in die Straflisten einzuzeichnen. Die Dauer der Verwahrung selbst darf keinesfalls die Höchstdauer der für die strafbare Handlung angedrohten Strafe übersteigen.

Eine derartige Gestaltung des Rechtes würde eine höchst wünschenswerte Doppelwirkung haben: Einmal wäre die etwa vom Standpunkte des Verwahrten, seines Vormundes, oder seiner Angehörigen derzeit angeblich obwaltende Willkür und Schutzlosigkeit ausgeschaltet, weil dadurch gegen diese schweren Maßregeln nunmehr die erforderlichen Rechte geschaffen sind. Zum Anderen werden dann diejenigen, welche derzeit mit dem Feuer spielen, und durch ihren eigenen Antrag auf Anwendung des § 51 a. a. O. den Makel eines Bestraften beseitigen wollen, durch die Wirkung solcher Freisprechungen gewarnt werden und sich besinnen, ob solche Verteidigungsweise angebracht ist. Damit wird diese selbst auf ihr natürliches Maß zurückgedämmt werden, wenn der Erfolg solcher Freisprechungen auch Verlust der Freiheit sein kann, sohin nur die Wahl zwischen zeitweisem Aufenthalt in einer Straf- oder Irrenanstalt.

III.

Während der Abfassung dieses wurde der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche (Berlin 1909) veröffentlicht. Ehe dieser einmal Gesetz werden wird, wird noch ein weiter Zeitraum verstreichen, in welchem die Mängel des derzeit geltenden Rechts noch viel Unheil bewirken können und müssen. Darum kann diese gesetzliche Regelung nicht solange zurückgestellt werden, sondern muß mit größtmöglichster Beschleunigung betätigt werden. Dazu bietet die vermutlich für die nächste Tagung des Reichstages in Aussicht gestellte Novelle zum derzeitigen StGB. willkommene Gelegenheit. Diejenigen Abgeordneten, die sich dieser Aufgabe unterziehen würden, werden des Dankes weiter Volkskreise aller politischen Richtungen und vieler Unglücklichen, namentlich durch rückwirkende Kraft eines solchen neuen Gesetzes gewiß sein.

Der erwähnte Vorentwurf berücksichtigt nun die hier gestellten materiell rechtlichen Forderungen in nur ungenügender Weise; es kommen hier sein §§ 63 und 65 in Betracht, während es den Rahmen dieser Darlegungen überschreiten würde, auch die in § 64 berücksichtigte selbstverschuldete Trunkenheit hier einzubeziehen.

§ 63 Abs. 1 verändert den Wortlaut des bisherigen § 51 ohne genügenden Grund, erfordert aber insbesondere nicht, daß aus den hier dargelegten Gründen die Feststellung dieses Gesetzes nur auf Grund öffentlicher Verhandlung erfolgen darf. Allein es muß an dieser Forderung festgehalten werden, daß nur auf solche Weise dieser folgenschwere Freispruch erfolgen kann, gleich demjenigen gegen einen Minderjährigen, welchem die erforderliche Einsicht zur Strafbarkeit fehlt.

Dagegen wäre es freudigst zu begrüßen, je bälder Abs. 2—3 dieses § 63 Gesetz würde. Die Mängel des § 65 sind, abgesehen von den bereits

erwähnten Worten „oder außer Verfolgung gesetzt". Es wird dem zu Verwahrenden zu wenig Schutz geboten; auch fehlt jede Einschränkung der Anordnung der Verwahrung, sowohl zeitlich, als auch auf bestimmte Straftaten. Sogar bei der geringsten Übertretung ist sie zulässig; es wird nicht einmal Gemeingefährlichkeit verlangt, sondern nur die Fürsorge „für die öffentliche Sicherheit". Dieser Begriff läßt aber der Ansicht des Einzelnen einen gar zu weiten Spielraum und gestattet eine so ausdehnende Auslegung, daß diese Fürsorge „für die öffentliche Sicherheit" die Sicherheit des Einzelnen um so ernstlicher gefährdet, je weniger willfährig er sich den Anschauungen der Behörde gezeigt hat.

Es wird zugegeben, daß der Laie oft nicht genügendes Verständnis für eine ihm schwer erkennbare geistige Erkrankung besitzen mag, und die beweglichen Schilderungen von den absolutistischen Zuständen in Irrenanstalten einseitig und in zu grellen Farben aufgetragen sein mögen. Gerade aber, um hier falsch erregtes Mitleid unmöglich zu machen, muß die Gesetzgebung jede administrative Willkür ausschalten, diese einschneidenden Maßregeln auf das Engste begrenzen und ihren Vollzug auf das Schärfste überwachen. Dies kann aber nur geschehen, wenn Anordnung und Vollzug dem Gericht unterstellt werden, sei es als Strafgericht, sei es als Vormundschaftsgericht, in welcher Gestalt es seiner ganzen Natur und den ihm überwiesenen Aufgaben nach die Fürsorgebehörde ist. Dagegen erscheint es noch als Überrest aus alter Zeit, in welcher Justiz und Verwaltung noch nicht getrennt waren, daß gerade ihr auch für die Gegenwart und Zukunft der Vollzug der Anordnung der Verwahrung überwiesen werden sollte. Dies zu rechtfertigen, dürfte kaum gelingen, dies umsomehr, als ja auch der Strafvollzug nicht den Verwaltungsbehörden untersteht. Mag aber die Verwahrung wegen Geisteskrankheit auch keinerlei Strafzweck haben, so ist sie doch nicht anders zu behandeln; denn sie ersetzt dessen Zweck in anderer Weise, den Errungenschaften neuerer Forschung Rechnung tragend, daß nicht nur in einer Strafanstalt die Heilung des Täters von seinem bösen Trieb zu erhoffen ist, sondern allein in einer Heilanstalt unter sachkundiger ärztlicher Behandlung.

Daß des Weiteren die Anordnung der Verwahrung zeitlich zu begrenzen ist und zwar im Verhältnis zu der begangenen Handlung, welche zu sühnen war und die Grundlage der Anordnung bildet, bedarf wohl keiner besonderen Begründung. Dieser Gedanke zwingt aber auch dazu, die Anordnung der Verwahrung auf den Fall der Freisprechung zu beschränken, und auch bei der mildesten Bestrafung auszuschließen. Denn, wenn auch die Verwahrung keine Strafe ist, so wird sie doch gerade in Fällen milderer Bestrafung in ihren tatsächlichen Wirkungen einer Zusatzstrafe gleichkommen. Dann wird aber jeder so Betroffene wünschen, es wäre ihm die ordentliche gesetzliche Strafe geworden, nicht aber die in ihren tatsächlichen Wirkungen weit härtere Rechtswohltat des Gesetzes.

IV.

Im Verfolge dieser Erörterungen begründen sich folgende Änderungen des derzeit geltenden Rechts, bezw. Neuvorschriften:

A.

§ 51 RStGB. erhält seine Stelle nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand, so daß diese als §§ 51—53 aufrücken und erscheint damit als § 54 in folgender Fassung: Der Täter ist freizusprechen, wenn er sich

zur Zeit der Begehung der Handlung in einem Zustand von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Diese Freisprechung ist zu veröffentlichen. Ist die strafbare Handlung gewohnheitsmäßig begangen, oder ein Verbrechen, so ist in dem freisprechenden Urteile zu bestimmen, wenn sämtliche Gutachten hierin voll übereinstimmen, ob der Täter seiner Familie überwiesen, oder die Anordnung der zwangsweisen Verwahrung durch das Vormundschaftsgericht für zulässig erachtet wird. Die Verwahrung ist zeitlich und darf die Höchstdauer der Strafhaft nicht überschreiten, welche für die begangene strafbare Handlung angedroht ist.

War die freie Willensbestimmung durch einen der vorbezeichneten Zustände zwar nicht ausgeschlossen, jedoch in hohem Grade vermindert, so finden hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften des § 57 Anwendung. Freiheitsstrafen sind an diesen Verurteilten unter Berücksichtigung ihres Geisteszustandes und, soweit dieser es erfordert, in besonderen, für sie ausschließlich bestimmten Anstalten oder Abteilungen zu vollstrecken.

B.

In der Strafprozeßordnung unter Zugrundelegung des vor Jahresfrist veröffentlichten Entwurfes einer neuen Strafprozeßordnung ist

a) § 80 zu streichen und als § 238 a in folgender Fassung einzustellen: Nach Feststellung einer strafbaren Handlung darf das Gericht in die Prüfung des Geisteszustandes des Angeklagten z. Zt. der Begehung dieser Handlung eintreten und hat den Sachverständigen, welcher zur Vorbereitung seines Gutachtens eine längere Beobachtung für erforderlich hält, hierzu, soweit tunlich, Gelegenheit zu geben. Erklärt der Sachverständige, daß die erforderliche Beobachtung nur in einer Irrenanstalt durchgeführt werden kann, und wird solche auch nicht dadurch ermöglicht, daß der Angeklagte sich freiwillig in eine solche Anstalt nach seiner Wahl aufnehmen läßt, so kann das Gericht anordnen, daß er und in welcher öffentlichen Irrenanstalt unterzubringen ist. Vor der Anordnung ist der Verteidiger zu hören und er dem Angeklagten, welcher solchen nicht gewählt hat, für das Verfahren über die Unterbringung zu bestellen. Gegen die Anordnung ist sofortige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zulässig. Sobald die Beobachtungen zur Abgabe des Gutachtens ausreichen, hat der Sachverständige dem Gericht Anzeige zu machen. Die Unterbringung in der Anstalt darf, auch wenn sie in demselben Verfahren, oder in einem anderen Verfahren, das dieselbe Tat zum Gegenstand hat, wiederholt angeordnet wird, ohne Einwilligung des Angeklagten in ihrer Gesamtdauer sechs Wochen nicht überschreiten. Diese Vorschriften über Beobachtung in einer Anstalt finden keine Anwendung im Verfahren auf Privatklage und in Sachen, die im ersten Rechtszuge vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu behandeln sind.

b) § 260 durch Einfügung folgender Schlußworte zu ergänzen: Oder ob bei Begehung der strafbaren Handlung der Angeklagte sich in einem Zustand von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welche seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

c) § 354 durch Einfügung folgenden Absatzes 3 zu ergänzen: Das

Gleiche gilt, wenn neue Tatsachen oder Beweise nunmehr den Wegfall der für zulässig erachteten zwangsweisen Verwahrung in einer Irrenanstalt begründen.

V.

Diese Erörterungen sollen nicht geschlossen werden, ohne folgenden Einwand gegen sie abzuschneiden: Soll der Brunnen nicht zugedeckt werden können, bevor das Kind hineingefallen und so diese Folgen verhütet werden können? Gewiß! Die bisherigen Darlegungen setzten nur den Fall, daß die zwangsweise Verwahrung mit bereits begangenen strafbaren Handlungen gerechtfertigt werden soll. Um sie zu verhüten, wird das Vormundschaftsgericht seine Fürsorge auch in Anordnung zwangsweiser Verwahrung betätigen dürfen. Doch darf dies nur in den dringendsten Fällen geschehen und müssen die Flügel richterlichen Ermessens auf das kürzeste Maß beschnitten werden. Dagegen ist der Verwahrte in weitester Ausdehnung zu schützen. Die erste Voraussetzung für Zulässigkeit dieser Maßregel ist, daß der zu verwahrende Geisteskranke rechtskräftig entmündigt, oder zum mindesten unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, daß sohin die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts überhaupt gegeben ist. Dem zu Verwahrenden ist für das Verfahren über die Verwahrung ein Rechtsanwalt beizuordnen, falls solcher nicht gewählt ist. Die von diesem beantragten Beweise einschließlich Gutachten sind zu erheben, sein tatsächliches rechtliches Vorbringen zu würdigen. Nur bei voller Übereinstimmung sämtlicher Gutachter, oder bei Ablehnung hinreichender Gewährschaft seitens des Vormundes oder der Angehörigen darf die Maßregel ergriffen werden. Für diese ist eine Höchstdauer zu bestimmen, nach deren Ablauf die Fortdauer der Anordnung der Verwahrung nur durch Einleitung und Durchführung eines neuen Verfahrens unter Vernehmung bisher noch nicht vernommener Sachverständiger zulässig ist.

Die hier in Umrissen gezeichnete gesetzliche Regelung ist entweder in einem besonderen Reichsgesetze zu betätigen, oder in Einfügung der erforderlichen Bestimmungen in das bürgerliche Gesetzbuch als Titel IIa des 3. Abschn. des 4. Buches: Fürsorge durch Anordnung der zwangsweisen Verwahrung des entmündigten Geisteskranken § 1908 a ff.

Wie treibt man richtige Kriminalstatistik?

Von Ueberschaer, Leipzig.

Von den Statistiken der Strafrechtspflege ist für die Gesetzgebung und Verwaltung die Kriminal-Statistik unstreitig die bedeutsamste. Die deutsche Kriminalstatistik ist eine Statistik der von den ordentlichen Gerichten rechtskräftig erledigten Strafsachen wegen Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze; sie beruht auf dem Bundesratsbeschlusse vom 5. Dezember 1881. Ihr liegt die Individualzählkarte zu Grunde, die für jede abgeurteilte Person auszufertigen ist. Von den 10 Ziffern der Karte betreffen die ersten 7 die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten (Geschlecht, Alter, Wohnort, Heimatsstaat, Religion, Familienstand, Beruf), während die Ziffern 8 und 9 die abgeurteilten Handlungen nach

der Urteilsformel bezw. dem Strafbefehl unter Angabe des Ortes und der Zeit der Tat bezeichnen und für den Fall, daß nicht Einstellung des Verfahrens oder Freisprechung erfolgt ist, auch über die erkannte Strafe nach Art und Dauer Auskunft geben. Die letzte (10.) Ziffer kommt nur für die Zählkarten, die eine Verurteilung der angeklagten Person enthalten, und auch dann nur in Betracht, daß die Verurteilten bereits vor Begehung der in Ziffer 8 vermerkten strafbaren Handlung Vorstrafen wegen Verbrechen oder Vergehen gegen Reichsgesetze erlitten haben. In Ziffer 10 sind 5 Fragen zu beantworten. 1. Zahl der qu. Vorstrafen? — 2. In welches Jahr fällt die letzte derselben? — 3. Und zwar wegen welcher Straftat (von gleichzeitig abgeurteilten nur die schwerste)? — 4. Falls auf Grund einer der Entscheidungen Freiheitsstrafe verbüßt wurde, Dauer der letzten Strafverbüßung? — 5. Beendigung derselben am (nach Datum)? Zum Schluß wird bei Rückfällen nach §§ 244, 250[5], 261, 264 StGB. verlangt, die Nummern der betr. Paragraphen hier so viel mal zu unterstreichen, als den Rückfall bedingende Bestrafungen stattgefunden haben.

Die Zählkarten bilden das Urmaterial der Statistik, welches alljährlich vom Kaiserlichen Statistischen Amte zu einem Tabellenwerk, bestehend aus 3 Tabellen, verarbeitet wird. Tabelle I. Die rechtskräftig erledigten Strafsachen wegen Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze, geordnet nach dem Sitze des erkennenden Gerichts — Oberlandesgerichtsbezirken. — Tabelle II. Die Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze nach dem Ort der Tat, geordnet nach Staaten und größeren Verwaltungsbezirken. Tabelle III. Die persönlichen Verhältnisse der Verurteilten.

Nach der amtlichen Erklärung soll die Tabelle I vorwiegend den Zwecken der Justizverwaltung, insbesondere kriminalpolitischen Beobachtungen dienen, die Tabelle II und III dagegen den Zweck verfolgen, das gesammelte Material aus dem Gesichtspunkte der Moralstatistik nutzbar zu machen. Es werden daher die dem Tabellenwerk beigegebenen Zusammenstellungen und Übersichten zu Tabelle I im Reichs-Justizamte, zu Tabelle II und III im Kaiserl. Statistischen Amt erörtert.

Die Kriminalstatistik hat eine zweifache Aufgabe, sie soll die Kriminalität beschreiben und erklären. Vorbedingung für die richtige Lösung der zweiten Aufgabe ist mithin, einmal daß die Zählkarte sich über die von ihr zu registrierende Tatsache in objektiver und subjektiver Beziehung gehörig ergeht, des anderen, daß das durch die Karten gewonnene Bild durch die statistische Verarbeitung nicht leidet, es vielmehr durch reichhaltige und vor allem zweckentsprechende Gliederung der Tabellen nach Möglichkeit erhalten bleibt und so den Boden für eine anschauliche Darstellung der Kriminalität vorbereitet. Wenn v. Liszt gelegentlich der Forderung einer kriminalstatistischen Grundlage für den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches es beklagt, daß die deutsche Wissenschaft sich an der zweiten Aufgabe der Kriminalstatistik, die Kriminalität in ihren tiefer zurückliegenden, inneren Ursachen zu erforschen, bisher nicht genügend beteiligt hat und es an bezüglichen monographischen Darstellungen von Kennern der einschlägigen Verhältnisse fehlt, so ist dies wohl darauf zurückzuführen, daß es noch nicht gelungen ist, die erste Aufgabe, und zwar nach beiden Richtungen hin, richtig zu lösen. So stehen denn auch die von der amtlichen Statistik ab und zu unternommenen Versuche, die Entwicklung der Kriminalität kausal zu erklären, auf schwachen Füßen

und die Beweiskraft der Statistik für von ihr aufgestellte Behauptungen ist des öfteren mit Recht angezweifelt worden.

Infolge stetigen Anwachsens der Kriminalität durch die erhöhte Straffälligkeit wiederholt Verurteilter, hat sich die Aufmerksamkeit naturgemäß den Verurteilungen Vorbestrafter besonders zugewandt, und es wird seit 1894 auf Anregung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Ortsgruppe „Deutsches Reich", eine sog. Rückfallstatistik hergestellt. Die bezüglichen Berechnungen gehen einmal von dem Bestande der in einem Jahre Verurteilten — unter Ausschluß der in demselben Jahre erfolgten Doppelzählungen von mehrfach Verurteilten — aus und untersuchen die Häufigkeit des Rückfalls dieser Personen in den auf das Kalenderjahr der Verurteilung folgenden Jahren (vorblickende Statistik), des anderen werden die Rückfälle eines bestimmten Jahres zum Ausgangspunkte genommen und zu der Zahl der Verurteilungen, an die sich solche Rückfälle anschließen konnten, in Beziehung gesetzt (rückblickende Statistik). Diese Art der Statistik zieht nur die 3 ersten Fragen der Ziffer 10 der Zählkarte in ihren Bereich. Die Angaben über die Dauer der etwa zuletzt verbüßten Freiheitsstrafe und die Zeit der Verbüßung sind seit Bestehen der Rückfallstatistik nicht mehr verwertet worden. Sie sollten offenbar einen Beitrag für die Beurteilung der Frage der Wirksamkeit des Strafvollzugs liefern, indem sie eine Berechnung ermöglichen, in welcher Frist Vorbestrafte trotz verbüßter Freiheitsstrafe von neuem rückfällig werden. Jene Feststellungen haben vor denen von der Rückfallstatistik berechneten Begehungsfristen durch die Berücksichtigung der Strafe bezw. deren Dauer wie durch den Umstand den großen Vorzug, daß durch die Erhebung die Verbüßungszeit bei Berechnung der Frist, welche zwischen der zuletzt verbüßten Freiheitsstrafe und der Begehung der neuen Straftat liegt, in Abzug kommt. Die s. Zt. gewonnenen Ergebnisse allerdings sind insofern nicht als einwandfrei zu erachten, als die Berechnungen für den Fall der Richtigkeit entbehrten, daß ein und derselben zuletzt verbüßten Freiheitsstrafe mehr als eine neu verurteilte Straftat folgte, und sie alle, oder anstelle der nächstfolgenden, nur die in die Beobachtungszeit fallende letzte Straftat zu ihr in Beziehung gesetzt wurden. Es sei nämlich darauf hingewiesen, daß die Verurteilung, die zu der letzten Vorstrafe geführt hat, — Frage zu 2 und 3 betr. — nicht identisch zu sein braucht mit der Verurteilung, die der Frage zu 4 und 5 zu Grunde liegt. Die Beantwortung der Frage zu 4 wurde außerdem dahin nutzbar gemacht, daß der Anteil der Vorbestraften, die bereits eine Freiheitsstrafe verbüßt hatten oder nicht, festgestellt wurde. Die Untersuchungen unterschieden hierbei aber nicht die Vorbestraften nach der Zahl der Vorstrafen, auf die es gerade hier ankommt. Anders liegt dagegen die Sache bei der Feststellung des Rückfalls. Hier ist neben der Art und Dauer der Strafen die Zahl der erlittenen Freiheitsstrafen und die Art der Delikte das ins Gewicht fallende. Die Rückfallstatistik in ihrer jetzigen Gestaltung kann aber schon deshalb nie praktische Bedeutung erlangen, weil ihre Zahlen nur für das Reich und auch nur nach Abschnitten des Strafgesetzbuchs vorliegen, wodurch schon von vornherein jede Unterscheidung zwischen schwerem und leichtem Rückfall aufhört. Man denke nur an den 7., 13. und 25. Abschnitt (Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung bezw. die Sittlichkeit, bezw. strafbarer Eigennutz pp.). Aus gleichem Grunde sind die Nachweisungen über den gleichartigen und verwandten Rückfall anfechtbar. Hier sei nur

kurz auf zwei Gegensätze hingewiesen, der zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Körperverletzung, zwischen Notzucht (infolge Nichtbeherrschung der Geschlechtslust) und Kuppelei (aus Gewinnsucht) besteht. Alle 4 Deliktsarten gehören statistisch ein und derselben Deliktsgruppe an. Überdies ist zu beachten, daß durch das Dazwischentreten eines nicht gleichartigen Delikts zweimal ein anderes Ergebnis erzielt wird, obwohl nur einmal ein Delikt ungleicher Art begangen ist, wie dies die Reihenfolge nachstehender Vorstrafen zeigt: Diebstahl, Diebstahl, Sachbeschädigung, Diebstahl. Wir hätten hier erst einen gleichartigen und dann zwei ungleichartige Rückfälle.

Der Bundesrat hat wohl mit Rücksicht auf die von der Statistik erfaßten vielen leichten Delikte und die dadurch enstehende erhebliche Mehrbelastung für die die Zählkarten ausfüllenden Beamten, von der Erhebung sämtlicher Vorstrafen in Ziffer 10 der Karte abgesehen, indes kann, wie später dargetan werden soll, bei einer anderen und zudem klareren Fragestellung in Ziffer 10, auch ohne Mehrbelastung, wertvolleres Material, auf dem sich nach der gleichen Methode eine brauchbarere Rückfallstatistik aufbauen läßt, gesammelt werden. Da im übrigen neben Vereinfachungen der Zählkarte der Schwerpunkt in der richtigen Anordnung des Tabellenwerkes liegt, dürfte es sich empfehlen, die Vorschläge an der Hand der Zählkarte zu machen.

Die Karte erfragt unter Ziffer 3 den Wohnort des Angeklagten und unter 8 den Ort der Tat. Bei der Auszählung der Verbrecher nach örtlichen Gruppen wählt die Statistik nicht den Wohnort, sondern nur noch den Ort der Tat, und rechtfertigt dies durch die bei weitem größere Sicherheit der gerichtlichen Feststellung des Ortes der Tat. Er werde in der Regel durch äußere Merkmale der Tat gekennzeichnet, seine Feststellung sei gewöhnlich eine rein tatsächliche, nur selten von rechtlicher Beurteilung beeinflußte. Außerdem komme in Betracht, daß erfahrungsgemäß bis auf einen Bruchteil der Straftaten Wohnort und Tatort zusammenfallen, namentlich wenn man sie nach einigermaßen größeren Gebietsabschnitten zusammenfaßt. Hierbei verdient jedoch hervorgehoben zu werden, daß bei einer Auszählung nach dem Wohnort die Personen mit den betreffenden Teilen der Bevölkerung, zu der sie gehören, verglichen werden können.

Die Ziffer 8 und 9 stellt Erhebungen über Aburteilungen und Verurteilungen an. Erstere enthalten die ganz geringe Zahl derjenigen Personen mit, gegen welche das Verfahren — meist aus formalen Gründen — eingestellt ist, und außer den Verurteilten noch diejenigen, welche freigesprochen sind. Die Freisprechung erfolgt aber, weil keine Straftat begangen war, oder weil sie dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden konnte, oder ein gesetzlicher Strafausschließungsgrund vorlag. Da die Statistik der Kriminalität sich mit den Verbrechern zu beschäftigen hat, kann sich die Zählung auf die Verurteilungen beschränken. Die von der Statistik zuweilen vorgenommenen Verhältnisberechnungen über die Häufigkeit der Freisprechungen bei den einzelnen Delikten bieten nichts Wesentliches. Untersuchungen über den Anteil der Freigesprochenen zu den Abgeurteilten werden überdies in dem zweiten Teile der Justizstatistik — der Prozeßstatistik — aus den daselbst angeführten Gründen dort treffender vorgenommen.

In Ziffer 8 findet ferner eine doppelte Zählung insofern statt, als die abgeurteilten Handlungen und Personen gesondert dargestellt und auch

gezählt werden. Liegt z. B. eine Verurteilung einer Person wegen mehrerer verschiedener Straftaten vor, so wird die Person gleichzeitig mit der Gesamtstrafe bei der mit der schwersten Strafe bedrohten Handlung gezählt, die übrigen Handlungen bei den betreffenden Delikten ohne Person und ohne Strafe. Eine von mehreren Angeklagten gemeinschaftlich begangene Straftat wird nur als eine Handlung gezählt. Bei Idealkonkurrenz ist die Handlung nur gemäß dem zur Anwendung gebrachten Strafgesetze zu bezeichnen. Eine in einem Kalenderjahr mehrfach abgeurteilte Person wird in dem Tabellenwerk auch mehrfach gezählt. Die Frage, ob angesichts der technischen Schwierigkeiten, der dadurch entstehenden Unstimmigkeiten und der großen Arbeitslast eine getrennte, doppelte Zählung nach Handlungen und Personen angezeigt erscheint, beantwortet sich von selbst durch den Hinweis auf die amtlichen Ausführungen über die Zählungsweise nach Handlungen und Personen. Im Jahrgang 1907, dem letzt erschienenen Bande, S. II. 1 heißt es: „Die allgemeine Entwicklung der Kriminalität wird im Rahmen der besonderen Einrichtung dieser Statistik am besten an der Bewegung der Gesamtzahl der verurteilten Personen erkannt. Außer den Personen werden zwar auch die von ihnen begangenen strafbaren Handlungen gezählt. Üblicher wird in dieser Statistik jedoch die Zahl der verurteilten Personen zu der Zahl der strafmündigen Zivilbevölkerung, d. h. zu demjenigen Teile der Bevölkerung in Beziehung gesetzt, welcher allein einer Verurteilung durch die bürgerlichen Strafgerichte ausgesetzt ist. Die Zählung der verurteilten Personen ist außerdem nach der besonderen Anlage der Statistik sicherer als die der Handlungen."

Zudem muß man sich klar machen, daß die berechnete Kriminalitätsziffer der wirklichen Kriminalität bei weitem nicht nahe kommt. Läßt sich schon die eine Beziehungszahl — die strafmündige Zivilbevölkerung — nicht jedes Jahr genau feststellen, wie viel weniger die Zahl der Personen, die gegen das Gesetz verstoßen haben, aber bei Begehung des Delikts nicht entdeckt, oder nicht zur Anzeige gebracht, oder nicht überführt, nicht feststellbar sind, oder aus anderen Gründen nicht verfolgt werden können. Die Bevölkerungszahlen für die Jahre, in denen keine Volkszählungsergebnisse vorliegen, haben keinen Anspruch auf unbedingte Genauigkeit, da der durch Tod oder Auswanderung erfolgte Abgang sich nicht mit Sicherheit feststellen läßt. Streng genommen müßten bei Berechnung von Kriminalitätsziffern auch diejenigen Personen in Abzug gebracht werden, bei denen zur Zeit die Begehung einer strafbaren Handlung so gut wie ausgeschlossen ist, nämlich alle Internierten und Inhaftierten, so zum Teil die Fürsorgezöglinge und die Gefangenen. Würde und könnte hierin weiter gegangen werden, so könnten wir neben der Feststellung der Stärke der Kriminalität auch ein äußerst wertvolles psychologisches Bild über den Umfang des verbrecherischen Willens gewinnen, indem wir die Zahl der Personen, an welche die Versuchung zur Begehung strafbarer Handlungen während der Beobachtungszeit herangetreten ist, zu der Zahl der Personen in Beziehung setzen, die der Versuchung unterlegen sind. Also nicht nur deshalb, daß angenommen die nicht zur Aburteilung gelangten Rechtbrecher in die Berechnung einbezogen werden könnten, würde sich eine bedeutend höhere Verhältniszahl als die Kriminalitätsziffer ergeben, sondern vorzugsweise durch den Umstand, daß hier bei den einzelnen Delikten diejenigen Personen auszuschalten wären, die nicht in Versuchung gekommen sind, teils daß für

sie kein Anreiz zur Begehung dieses oder jenes Delikts vorgelegen hat, teils daß sie keine Gelegenheit hatten, ihren mehr oder weniger stark vorhandenen kriminellen Trieb zu betätigen, oder sich zur Betätigung mit mehr oder weniger Überlegung hinreißen zu lassen. So erklärt sich auch der Einfluß politischer oder wirtschaftspolitischer Störungen auf die Kriminalität, die vornehmlich durch einen größeren Zugang erstmalig Verurteilter sich gegebenenfalls erhöhen würde. Wir wissen nun, daß Örtlichkeit, Geschlecht und Alter die Hauptfaktoren der für die Gestaltung der Kriminalität in Betracht kommenden Faktoren sind, deren Einflüsse sich verbinden, sich steigern, sich hemmen, vielleicht sich aufheben. Daher muß die Statistik in erster Linie darauf bedacht sein, soweit es bei einer Massenbeobachtung überhaupt nur angängig ist, die Verbindung der Hauptfaktoren aufrecht zu erhalten. Ist es statistisch z. B. nicht durchführbar, von einer Zahl wegen eines bestimmten Delikts verurteilter Personen eines bestimmten Bezirks auszugehen und sie nach den erlittenen Strafen einerseits und nach der Zahl ihrer Vorstrafen andererseits zu scheiden, und dabei gleichzeitig eine Beziehung der einzelnen Zahlen unter einander zu ermöglichen, so kann auch dieser Mangel durch eine Sonderung der Verurteilten, zum großen Teil, wie später gezeigt werden soll, verringert werden.

Die Statistik scheidet die Verurteilten in Jugendliche im Sinne des StGB. und Erwachsene, eine gewiß sehr dürftige Scheidung. Sie basiert ersichtlich auf den besonderen Strafbestimmungen für die Jugendlichen. Wenn nicht in Tabelle II, die bei ihren Zahlen nach dem Orte der Tat die Strafen ganz außer acht läßt, die gleiche Scheidung — das einzig Gemeinsame der Tabelle I und II — gemacht wäre, müßte man zu der Annahme gelangen, daß nur allein die ungleichen Strafandrohungen zu einer Scheidung der Angeklagten nach dem Alter Anlaß gegeben haben. Klarheit schafft indes erst eine den Lebensverhältnissen sich anpassende und zur Personifizierung der Verbrecher ungemein beitragende Trennung derselben in 4 Altersklassen (12—18 J., 18—25 J., 25—40 J., 40 Jahr und darüber). Durch diese Gliederung der Zahlen wird die Statistik auf eine viel höhere Grundlage gestellt werden. Bei den Angehörigen der Altersklassen bis zum 25. Lebensjahre ist mit dem Vorhandensein von einer geringeren Widerstandskraft, Unüberlegtheit, größerer Leidenschaftlichkeit, ungeordneten Lebensverhältnissen zu rechnen. Auch gehören sie meist dem ledigen Stande an, verneinendenfalls liegen vorzeitige Ehen vor, die meist in wirtschaftlicher Beziehung nicht gut fundiert sind. Durch diese Klassifizierung erübrigen sich auch die Auszählungen nach dem Familienstande, deren Feststellung allein für sich betrachtet gleich den Angaben über die Konfession wenig verwertbar ist. Die Berechnung der Kriminalität für die 4 Altersklassen wird auch für die Würdigung und Beleuchtung der Gesamtkriminalität insofern bedeutungsvoll, als die Jahreskontingente der 4 Altersklassen nicht immer gleich groß zu einander sind und die Kriminalität der 18—25jährigen sich merklich von der Kriminalität der übrigen Altersklassen abhebt. Ein größeres Jahreskontingent jener Klasse führt eine Erhöhung der Gesamtkriminalität schon an und für sich herbei.

Aber auch die Einteilung in Ortsgebiete trägt den Erfahrungssätzen keine Rechnung. In Preußen und Bayern werden die Zahlen nach Regierungsbezirken, in den anderen größeren Bundesstaateni nach entsprechenden Bezirken gegeben. Die Großstädte mit etwa 250 000 Seelen sind aus den Bezirken herauszunehmen und mit den Vororten vereint

gesondert darzustellen. Für Berlin wäre also Groß-Berlin darzustellen. Die veränderte Zusammensetzung der Gesellschaftsklassen und die höhere Zahl der im Beruf Unselbständigen, worauf sich auch der Wunsch nach einer Kombination zwischen Örtlichkeit und Beruf gründet, wie auch die Wohnungsverhältnisse einer Großstadt rechtfertigen eine solche Maßnahme. Die Gelegenheit zur Begehung strafbarer Handlungen, die Verführung durch Dritte ist eine häufigere; zudem wird sich der Täter mit den die Straftat verhindernden Hemmungsvorstellungen ganz anders abfinden; einmal ist die Hoffnung des Rechtbrechers, nicht entdeckt zu werden, eine größere, des anderen die Furcht, Einbuße an Achtung bei seinen Mitbewohnern zu erleiden, eine geringere. Einer Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken, wie dies in Tabelle I geschieht, und der für jene Bezirke berechneten Kriminalität kommt danach wenig Wert bei. Hat schon die Unterscheidung der Verurteilten nach der Zahl der Vorstrafen in Tabelle I, wie oben bereits erörtert, wenig auf sich, wie viel weniger noch die Feststellungen in Tabelle II und III, wie viel von den jeweils Verurteilten vorbestraft sind. Der Tabelle I liegt ein sg. Ausführliches Verzeichnis der Strafdelikte mit 506 Deliktsarten zu Grunde, welche zu 94 Nummern, dem sg. Abgekürzten Verzeichnisse, zusammengefaßt sind und der Tabelle II und III als Grundlage dient. Tabelle III, welche Nachweisungen über Heimat (Staatsangehörigkeit im Auslande) über Geschlecht in Verbindung mit Alter nach 10 Klassen und Familienstand, über Beruf (nach 17 Klassen) und endlich über Religion enthält und für alle diese Zahlenangaben die Verurteilten ohne Vorstrafen besonders hervorhebt, stellt die Ergebnisse nur für das Reich dar.

Die Anordnung und insbesondere die Dreiteilung der Tabellenwerkes ist mithin als in jeder Weise mißglückt zu bezeichnen, denn sie erschwert nicht nur, sondern vereitelt geradezu zur richtigen Erkenntnis der konkreten Kausalzusammenhänge des Verbrechens vorzudringen zum Schaden der noch in der Entwicklung stehenden Wissenschaft der Kriminalsoziologie, die der Kriminalätiologie, mittels deren sich ganz bestimmte soziale und individuelle Faktoren klar legen lassen, gute Dienste zu leisten berufen ist.

Den Schluß bildet die Ziffer 10, von der wir ausgegangen sind. Der Entwurf einer neuen Fassung der Ziffer 10 wäre:

1. Zahl der Vorstrafen:
   a) überhaupt?
   b) bezüglich deren auf Gefängnis oder Zuchthaus erkannt wurde? darunter wegen eines gleichen Delikts in Ziffer 8?
2. Jahr der nach 1b erlittenen ersten Freiheitsstrafe?
3. Letzt erlittene Freiheitsstrafe (nach 1b) nach Jahr, Delikt und Strafe?
4. Liegt die Höchststrafe der erlittenen Vorstrafen unter 3 Monaten? Ja oder Nein. Verneinendenfalls unter 1 Jahre? Ja oder Nein.
5. Ist schon auf Zuchthaus erkannt? Ja oder Nein. Bejahendenfalls wie viel Gefängnisstrafen gehen der ersten Zuchthausstrafe voran? Keine, 1, 2, usw.
6. In den letzten 3 Jahren wegen Betteln, Landstreichens, Arbeitscheu oder Prostitution vorbestraft? Ja oder Nein.

Der Wert der Erhebungen und die richtige Ausbeute derselben wird am besten durch beiliegenden Tabellenkopf veranschaulicht:

Vorweg sei bemerkt, daß man die Spezifizierung der Zahlen in den Spalten 5 bis 39 nach den 4 Altersklassen, um das Tabellenwerk nicht stärker werden zu lassen, auf die die Kriminalität der Höhe nach bald erreichenden Delikte als Widerstand, Hausfriedensbruch, Beleidigung, Körperverletzung, Bedrohung, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, Betrug und Sachbeschädigung und hinsichtlich aller übrigen Delikte auf Darstellungen für das Reich beschränken müßte. Dieser Tabelle hätten sich unter Auslassung der Spalten 6, 37 und 38 mit gleichem Kopf, nur daß die Spalten 1 und 3 je 4 Unterspalten zur Aufnahme der in den Querspalten in Wegfall kommenden Zahlen für die 4 Altersklassen erhalten, die übrigen Delikte nach dem Abgekürzten Verzeichnisse anzuschließen. Hierbei sei erwähnt, daß die oben bezeichneten Delikte in dem Abgekürzten Verzeichnisse sämtlich neben vielen anderen Deliktsarten als besondere Nummern aufgeführt und daher gesondert dargestellt werden, in den Sammelnummern sich nur solche befinden, gegen die erfahrungsgemäß in geringerer Zahl verstoßen wird. Wenn das Tabellenwerk trotz der vorgeschlagenen größeren Detaillierung in bezug auf Ortsgebiete, Vorstrafen und insbesondere Alter nicht umfangreicher wird, so geschieht dies außer durch die Zusammenziehung der Tabellen auf Kosten der Delikte, die in den einzelnen Oberlandesgerichtsbezirken (insgesamt 29) einzeln nachgewiesen werden, obwohl die Zahl der abgeurteilten Personen äußerst gering ist. Im Jahrgang 1907 sind z. B. rund 200 Deliktarten in der Tabelle I zu finden, bei denen die Gesamtzahl für das Reich unter 50 liegt. Daher der Umfang der Tabelle I und die vielen, unzähligen Striche in den Spalten, wodurch selbstredend das Werk an Übersichtlichkeit keineswegs gewinnt.

Hinzugefügt sei noch, daß, wenn sich nach den für das Reich hinsichtlich aller Delikte einzeln vorliegenden Ergebnissen der Auszählung ein Interesse an einem Delikt, welches in einer Sammelnummer steckt, ergeben sollte, man leicht in der Lage ist, nachträglich eine eingehendere Zählungsweise eintreten zu lassen.

Auf Grund eines solch angelegten Tabellenwerkes wird die Statistik erst in den Stand gesetzt, aus der Höhe der Strafen und der Zahl der Vorstrafen Folgerungen und Rückschlüsse auf allgemein vorhandene Ursachen zu ziehen.

1. Die Stärke der Neigung von Rechtbrechern, sich nach bestimmter Richtung hin zu betätigen, wird durch die Feststellung der Gleichartigkeit der Delikte im eigentlichen Sinne ersichtlich gemacht. Wie bereits dargetan, ergibt sich durch das Dazwischentreten nur eines ungleichartigen Delikts dasselbe Ergebnis zweimal. Da bei wiederholten Verurteilungen dies in der Hauptsache Delikte leichterer Natur bewirken, die zumeist mit Geldstrafe bezw. bei Jugendlichen mit Verweis geahndet werden, so erscheint es geboten, die bezüglichen Untersuchungen auf erlittene Freiheitsstrafen zu beschränken, umsomehr als gerade die mit Freiheitsstrafe Bestraften ein Interesse für solche Beobachtungen in erster Linie beanspruchen. Die Ergebnisse in Spalte 12 werden durch die Angaben in Spalte 14, 16, 18 und 20 ergänzt, wodurch die Frage, ob die Häufigkeit der Gleichartigkeit des Rückfalls mit der höheren Zahl von Vorstrafen ab- oder zunimmt, eingehender und auch genauer als in der Rückfallstatistik beantwortet wird.

2. Ganz neue Perspektiven eröffnen letztere Erhebungen noch in anderer Hinsicht. Die früheren, schon wegen der wechselnden, sich nicht



gleichbleibenden Art ihrer Berechnungen angreifbaren Untersuchungen über die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung im Deutschen Reich, welche wegen der in der Methode der Erhebung und Verarbeitung des statistischen Materials begründeten Schwierigkeiten wohl fallen gelassen worden sind, können mit Hilfe von kurzen Tabellen ohne größeren Arbeitsaufwand bei Erzielung richtigerer und bedeutungsvollerer Ergebnisse wieder aufgenommen werden. Es lassen sich für einzelne Delikte, die mit Gefängnis bezw. auch mit Zuchthaus bedroht sind, für Jugendliche i. S. d. StGB. und für Erwachsene u. a. Berechnungen aufstellen, wie der erste, zweite usw. Rückfall in dasselbe Delikt von den Gerichten der verschiedenen Gegenden bewertet wird. Ein Vergleich des Durchschnitts der auf die durch besondere Auszählung der insgesamt in den Spalten 7, 14, 16, 18, 20 und 21 des Formulars enthaltenen betr. Verurteilten, welche — von Sp. 21 abgesehen — den darin angegebenen Zahlen von Strafen zu Grunde liegen, entfallenden Strafen in den verschiedenen Gegenden läßt nach dem Gesetze der großen Zahl eine Prüfung zu, ob ein unter denselben rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen liegender Straffall von den verschiedenen Gerichten gleich oder ungleich bewertet wird. Wie verhalten sich die jeweils erkannten Strafen zu den im Gesetz angedrohten? Ist eine Wechselbeziehung zwischen der Schwere der Strafen und der Höhe der Kriminalität festzustellen, gegebenenfalls weisen die Gegenden mit relativ schwereren Strafen eine günstigere oder ungünstigere Verurteilungsziffer der betr. Delikte auf? Alle diese überaus wichtigen Fragen werden sich dann unschwer beantworten lassen.

3. Ein Vergleich der erkannten Strafe mit der Vorstrafe läßt eine Veränderung in der Größe der Schuld in objektiver oder subjektiver Beziehung erkennen. Ein solcher Einblick ist nötig, denn trotz vieler Vorstrafen und ungeachtet des Vorliegens einer gewerbsmäßigen Straftat kann eine geringere Strafe durch die persönlichen Verhältnisse des Verurteilten gerechtfertigt sein, so daß der Täter nicht als Verbrecher im engeren Sinne zu gelten hätte. Überwiegen die Anteile der schwereren Vorstrafen (Sp. 22, 24, 26, 28 des Tabellenkopfes), so ist schon in Rücksicht darauf, daß die Gerichte erlittene Vorstrafen — besonders beim Rückfall in dasselbe Delikt — bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen pflegen, anzunehmen, daß trotz erlittener Freiheitsstrafe ein Milderungsgrund nach der objektiven oder subjektiven Seite hin vorliegt. Eine Feststellung solcher Fälle ist für die beschreibende Kriminalität bedeutungsvoll.

4. Die Erhebungen in den Spalten 30 bis 36 verfolgen den Zweck, dazutun, inwieweit die Annahme gerechtfertigt ist, daß die schwereren Strafen mit der höheren Zahl der erlittenen Freiheitsstrafen gleichen Schritt halten. Über die Häufigkeit und die Art der Anwendung der Zuchthausstrafe verbreiten sich die Spalten 32 bis 36, die in Verbindung mit den Angaben in den Spalten 13—21 und 30—31 die Darstellung der kriminellen Entwicklung der Rechtbrecher überall sicher stellen. Der Bestand an gemeingefährlichen Verbrechern ergibt sich bei den schwereren Delikten aus den Spalten 7, 14, 16, 18 und 20, bei den leichteren Delikten aus den Spalten 22 bis 29 erst in Verbindung mit den Angaben in den Spalten 15, 17, 19, 21 und 30 bis 36, da ohne Kenntnis der Delikte die Zahl der Vorstrafen gegenüber der Art der erlittenen Strafen an Bedeutung zurücktritt.

5. Eine Berechnung des Anteils der einzelnen Altersklassen bei den



Klassen der Vorbestraften läßt zwar die Stärke der Kriminalität der einzelnen Altersklassen ersehen, nicht aber, in welche Zeit die früheren Verurteilungen der der ersten Altersstufe nicht angehörenden Vorbestraften fallen. Die Zahlen in den Spalten 6, 37 und 38 werden einen Anhalt für die Bemessung der Intensität des kriminellen Willens der Rechtbrecher bieten. Sie werden den Zugang der Kriminellen im reiferen Alter anzeigen und dadurch Aufschluß geben, inwieweit die in jüngeren Lebensjahren bereits Verurteilten in den späteren Altersstufen von neuem straffällig werden und so eine Art Rückfallstatistik von einem neuen Gesichtspunkt aus liefern.

Die Rückfallstatistik stellt keine Betrachtungen über das Alter der Rückfälligen an. Für die Ursachenerforschung des Verbrechens sind solche Ermittelungen indes ein wertvoller Fingerzeig. Auch die Feststellung zugleich, wann bei dem hier interessierenden Teile der Vorbestraften der Mangel an Selbstbeherrschung zum ersten Male offenkundig wurde, ist von weittragender Bedeutung. Für eine solche Untersuchung eignet sich die Erhebung des Zeitpunktes der Verurteilung zu der ersten Gefängnis- oder Zuchthausstrafe. Zwar kann eine der etwa vorausgegangenen Verurteilungen zu Verweis, Haft- oder Geldstrafe schon Zeugnis ablegen für einen beim Angeklagten bestehenden Mangel an Charakterbildung, der ihn falsch denken ließ und durch Nichtachtung der Rechtsordnung in höherem Grade unter den gegebenen Verhältnissen für ihn verhängnisvoll werden mußte, wo von Gefängnis nur mit Rücksicht auf die Jugend oder die bisherige Unbescholtenheit oder die bedrängte Lage des Angeklagten abgesehen worden ist, doch sprechen viele Umstände dafür, die in solchen Fällen entstehende Ungenauigkeit — wie aus praktischen Gründen sonst auch immer — in den Kauf zu nehmen, muß man sich ja überhaupt mit den Verurteilungen selbst bescheiden, d. h. etwa frühere grobe Verfehlungen, die unterdrückt oder nicht oder erst später entdeckt sind, unberücksichtigt zu lassen. Bei den gewählten Altersstufen werden zudem die hierdurch entstehenden Fehler nicht zur Geltung kommen.

Man kann ersehen, wie groß der Anteil der Verurteilten bei den einzelnen Delikten ist, für welchen der Strafvollzug wirksam gewesen ist, zum Teil freilich schon deshalb, weil der im Affekt begangenen schweren Straftat die Reue gefolgt ist, oder die Gefährlichkeit des Täters sich mit der begangenen Tat erschöpft hat, oder die Verhältnisse desselben inzwischen andere geworden sind, kurzum der Grund zur Begehung strafbarer Handlungen in Wegfall gekommen ist. Folgt einer solchen schweren Vorstrafe nur noch eine Verurteilung, so wird die Vorstrafe bei der Strafzumessung in der Mehrzahl nicht in Betracht kommen, da die Vorstrafe dann zeitlich sehr weit zurückliegt und das gute Verhalten des Angeklagten in der Zwischenzeit wird strafmildernd wirken; dies alles, wie auch die Bestimmungen über die Anwendung der bedingten Begnadigung, sind leitend gewesen, die erstmalig Vorbestraften gesondert zu behandeln.

6. Spalte 3 gibt die Zahl der Vorbestraften überhaupt, Spalte 5 die einmal Vorbestraften und Spalte 8 die mehr als einmal Vorbestraften an. Die letzeren werden in Spalte 9, insoweit sie bereits Gefängnis oder Zuchthaus erlitten haben, in Sp. 11, sofern sie eine solche Strafe im Berichtsjahre von neuem erleiden, nachgewiesen und in den Spalten 13, 15, 17, 19 und 21 nach der Zahl der erlittenen Freiheitsstrafen unter-

schieden. Die Vorbestraften der Sp. 11, die bereits Zuchthaus erlitten haben, sind der Sp. 32 zu entnehmen; die Zahl der Zuchthaussträflinge, gegen die zuletzt eine kürzere oder längere Gefängnisstrafe verhängt wurde, findet man durch einen Vergleich der Zahlen in Sp. 32 mit der Summe der Zahlen in Sp. 28/29. Zeigt sich bei einzelnen Delikten eine größere Differenz zwischen den Zahlen in Sp. 8 und 9 bezw. 9 und 11, so wissen wir zwar, daß es sich in ersterem Falle um leicht Vorbestrafte, in letzterem Falle um in diesem Jahre leicht Bestrafte handelt, doch bleibt in solchen Fällen die Zahl der Vorstrafen jener Verurteilten verborgen. Einer Ermittelung der vielfach Vorbestraften darunter wird es bedürfen und dient diesem Zwecke Spalte 8a. Erhöhte Kraft und Leben erhalten endlich alle jene Zahlen durch die Altersklasseneinteilung.

7. Die Übertretungen können als Ausfluß verbrecherischer Gesinnung zwar nicht angesehen werden, und sind deshalb auch nicht in die Kriminalstatistik einbezogen worden. Bei Feststellung der Vorstrafen kommt indes den Vorbestrafungen wegen Übertretungen als Betteln, Landstreichen, Arbeitscheu und Prostitution, insofern sie in bezug auf die Zeit der Straftat wegen eines Verbrechens oder Vergehens nicht zu weit zurückliegen, eine andere Bedeutung zu. Wie bei zahlreichen Rechtbrechern zu beobachten ist, daß ihre Straftaten mit einem Mangel an Arbeit oder Ordnung zusammenhängen, so ist dies insbesondere bei den wegen Arbeitscheu und Prostitution Vorbestraften und in gewissem Umfange auch bei den Bettlern und Landstreichern wahrzunehmen, und zwar häufig bei solchen, die durch Leichtsinn, Lust an Veränderung, Müßiggang oder Trunksucht auf die Wanderschaft gegangen sind, und für die ordentlichen Wanderburschen, die auf der Wanderschaft in Not geraten, eine ständige Gefahr in sittlicher Hinsicht bilden. Der Wert der Erhebungen in Spalte 39 dürfte damit vollends erwiesen sein.

8. Die Ermittlung der Anteilsziffer des weiblichen Geschlechts an den Verurteilungen und Vorbestrafungen genügt bei der immer stärker werdenden Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben nicht und wird der Anteil des weiblichen Geschlechts an den Vorbestraften noch bei den mit Gefängnis oder Zuchthaus Vorbestraften (Spalte 10) nachzuweisen sein.

Im Anschluß hieran sei noch kurz gestreift, daß Auszählungen der Fälle, in denen geistige Minderwertigkeit als Strafmilderungsgrund in den Urteilsgründen aufgenommen ist, mit Rücksicht auf die unverkennbare Zunahme solcher Fälle, wie auch die Zahl der Fälle erhebenswert wäre, in denen Personen wegen krankhafter Störung ihrer Geisteskräfte außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen werden. Auch die Feststellung der Fälle, in denen die Straftat im Zustande der Trunkenheit begangen worden oder auf gewohnheitsmäßigen Alkoholgenuß zurückzuführen ist, dürfte angezeigt sein.

Zum Schluß sei über das Zählungssystem bemerkt, daß im Interesse aller Berechnungen das Tabellenwerk keine Doppelzählungen enthalten dürfte. Mehrfach in einem Jahre Verurteilte werden nur einmal, und zwar nach dem Stande der letzten Verurteilung, gezählt. Beim Vorliegen mehrerer verschiedener Handlungen kommt nur die mit der schwersten Strafe belegte Handlung in Betracht. Für die Aufnahme der Doppelzählungen würde sich eine Anhangstabelle empfehlen. Auch die Ausländer müßten schon aus Zweckmäßigkeitsgründen gesondert dargestellt werden.



Welch mächtige Fülle von wissenswertem Stoff wird dann die Kriminalstatistik in sich bergen! Und dabei nicht nur keine Mehrarbeit, sondern erhebliche Entlastung.

Durch diese Reform wird die Erfüllung der Hoffnung des Wirklichen Admiralitätsrats Prof. Dr. Köbner ein ganzes Stück näher gebracht. Köbner sagt: „Auch in den Kriminalwissenschaften wird eine gewissenhafte empirische Forschung und vor allem die Statistik, die systematische Massenbeobachtung, den gebührenden Platz früher oder später erhalten, den sie in so vielen Zweigen der Geistes- wie der Naturwissenschaften sich bereits erobert hat. Die Anschauung, welche heute unter Juristen noch immer nachgesprochen wird, man könnte mit der Statistik eben „alles beweisen", muß und wird in ihrer ganzen Gedankenlosigkeit erkannt werden, doch sie wird so lange einen Schein von Berechtigung behalten, als die Kriminalstatistik durch inkorrekte Methoden zu unrichtigen Schlüssen gelangt."

Ist das Strafgericht, das über die Anklage aus § 360 Nr. 8 des StGB. für das Deutsche Reich wegen unbefugter Annahme von Prädikaten des niederen Adels zu urteilen hat, an die Entscheidung des Königs von Preußen oder des Heroldsamts gebunden, daß dem Angeklagten das angenommene Adelsprädikat nicht zusteht?

Mitgeteilt aus dem Königlich Preußischen Heroldsamt.

Die Frage nach den „Grenzen der Zuständigkeit der Gerichte und des Heroldsamts bei Entscheidung über das Recht zur Führung adeliger Prädikate" ist in den letzten Jahren mehrfach zum Gegenstand öffentlicher Behandlung gemacht worden. Das Heroldsamt hat stets die Ansicht vertreten,[1]) daß nach preußischem Staatsrecht die „Entscheidung"[2]) über das Recht zur Führung eines Adelsprädikats durch Anerkennung oder Nichtanerkennung ein Hoheitsrecht, ein Majestätsrecht, ist, das nach der historischen Entwicklung des preußischen Staates im modernen Verfassungsstaat nicht anders wie im landrechtlichen absoluten Staat als solches nur dem König zusteht, der seine Ausübung durch Allerhöchsten Erlaß vom 14. März 1855 generell dem Heroldsamt übertragen hat, und daß die vom König oder vom Heroldsamt erklärte Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Rechts zur Führung eines Adelsprädikats alle Staatsorgane unter Ausschluß der Zulässigkeit einer Nachprüfung der sachlichen Richtigkeit bindet.

Zwei Gebiete richterlicher Zuständigkeit sind es vornehmlich, auf welchen die Frage nach der Wirkung einer solchen Anerkennung oder Nichtanerkennung praktisch wird: die Berichtigung von Personenstandsbeurkundungen hinsichtlich der Eintragung eines Adelsprädikats und die Strafverfolgung aus § 360 Nr. 8 RStrGB. wegen unbefugter Annahme eines Adelsprädikats.

---

[1]) s. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 1 ff., Bd. 23 S. 1 ff., S. 177 ff.
[2]) Über die Bedeutung dieses Ausdruckes s. unten S. 380 und 389.



Daß die Anerkennung oder Nichtanerkennung den Richter im Standesregister-Berichtigungsverfahren bindet, ist, nachdem dies schon der 1. Zivilsenat des Großherzoglichen Oberlandesgerichts zu Darmstadt in einem Beschluß vom 6. März 1908 — W. 312. 07 — für einen Fall der Inanspruchnahme eines preußischen Adelsprädikats durch einen Preußen im Großherzoglich Hessischen Staatsgebiet ausgesprochen hatte, von dem Zivilsenat 1a des Königlichen Kammergerichts unter Rückkehr zu der ständigen früheren, nur wenige Jahre verlassenen Rechtsprechung des 1. Zivilsenats in einem Beschluß vom 21. Mai 1908 mit ausführlicher Begründung anerkannt (Johow, Jahrb. 36 A 54 ff.; JMBl. 1908, S. 255 ff., MinBl. f. d. inn. Verw. 1910, S. 40 ff.). An diesem Standpunkt hat der Zivilsenat 1a des Kammergerichts, wie von ihm in mehreren späteren Beschlüssen ausdrücklich bezeugt, auch nach wiederholter Prüfung bis zur jüngsten Gegenwart unerschüttert festgehalten. Die Einheit der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Adelsrechts ist damit für das Standesregister-Berichtigungsverfahren in Preußen gewährleistet, denn für dieses ist das Kammergericht für Preußen oberstes Landesgericht (Art. 8, 7 PrFGG. §§ 199, 20, 27 RFGG., §§ 65, 77 RPersG.)

Daß der Richter auch im Strafverfahren aus § 360 Nr. 8 RStrGB. wegen unbefugter Annahme eines Adelsprädikats an die vom König von Preußen oder dem Heroldsamt ausgesprochene Anerkennung oder, was praktisch der Regelfall, Nichtanerkennung einer Berechtigung des Angeklagten zur Führung eines Adelsprädikats gebunden ist, hat der zweite Strafsenat des Reichsgerichts in einem eingehend begründeten Urteil vom 19. November 1909 (RGStrafs. Bd. 43, S. 33 ff., JMBl. S. 388 ff., MBl. f. d. inn. Verw. 1910 S. 47 ff., siehe auch den besonderen Hinweis auf die Wichtigkeit des Urteils in Goltdammers Archiv Bd. 57 S. 221) anerkannt.[3])

Das Reichsgericht folgt mit diesem Urteil einem Urteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts Königsberg vom 9. April 1908 (Goltdammers Arch. Bd. 56. S. 349 ff.), das dem Mitglied dieses Senats Oberlandesgerichtsrat Thiele Anlaß zu einer eingehenden wissenschaftlichen Erörterung der Frage der Gebundenheit des Strafrichters an die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Adelsberechtigung durch den König oder das Heroldsamt gegeben hat (siehe Arch. f. öffentl. Recht. Bd. 24 S. 85 ff.).

Dem Reichsgericht haben sich sämtliche Strafgerichte, die sich mit Strafverfolgungen wegen unbefugter Annahme eines Adelsprädikats zu befassen hatten, angeschlossen, insbesondere die Strafsenate der Oberlandesgerichte Breslau (Urteil vom 18. Januar 1910), Marienwerder (Urteil vom 22. Januar und 23. April 1910) und

---

[3]) Wenn das Reichsgericht die Frage auf das Gebiet des Preußischen Allgemeinen Landrechts abgestellt hat, so findet das seine Erklärung darin, daß der damals zur Entscheidung stehende Fall dem Gebiet des ALR. angehörte. Der Satz gilt aber als Ausfluß eines Grundsatzes des gemeinen deutschen Staatsrechts für das ganze preußische Staatsgebiet. Daß die Zuständigkeit des Königs von Preußen zur Ausübung der Adelshoheit in den einzelnen Teilen der Monarchie eine einheitliche ist, hat auch der 1. Zivilsenat des Kammergerichts in seinem Beschluß vom 15. März 1906 (Johow, Jahrb. Bd. 32 A S. 73 ff.) anerkannt. Das gleiche gilt von dem Fall, daß ein Preuße außerhalb Preußens ein preußisches Adelsprädikat gebraucht (s. den obigen Beschluß des OLG. Darmstadt).



Hamm (Urteil vom 10. Mai 1910), mit Ausnahme allein des zweiten Strafsenats des Kammergerichts und des Schöffengerichts in Nakel.

Der zweite Strafsenat des Kammergerichts hat zum erstenmal die Bindung des Strafrichters in einem in Johows Jahrb. Bd. 36 C 105 ff. abgedruckten Urteil vom 19. November 1907 verneint und ist dann bei dieser Ansicht, zu der sich auch der Vorsitzende des Senats literarisch öffentlich bekannt hat (D. J. Z. 1908, Spalte 67 ff.) und der damals der Strafsenat des Oberlandesgerichts Posen in einem Urteil vom 15. Februar 1908 — 8. S. 139. 07 — gefolgt war, in einem Urteil vom 30. Juni 1908 (Johow, Jahrb. Bd. 36 C 117 ff.) verblieben; er hat seine Ansicht auch in seinem neuesten Urteil vom 27. Mai 1910 — 2. S. 145. 10. — festgehalten Vorsitz und Besetzung des Senats haben bis auf ein Mitglied seit dem ersten Spruch des Senats nicht gewechselt. Das letzte Urteil des Senats ist von seinem Vorsitzenden inhaltlich in No. 12 der D. J. Z. 1910, Spalte 709 f wiedergegeben; die Inhaltsangabe bricht aber plötzlich ab, so daß ein Teil des Urteils der allgemeinen Kenntnis entzogen bleibt.

Die Gründe des Urteils lauten vollständig:

„Der Senat hat in seinem Urteil vom 19ten November 1907 (KJB. 36 C 105; vgl. auch C 117) ausführlich dargelegt, daß die Entscheidung des Heroldsamts über unbefugte Annahme eines Adelsprädikates den Strafrichter nicht bindet. Inzwischen hat der 2. Strafsenat des Reichsgerichts durch Urteil vom 19. November 1909 in entgegengesetztem Sinne entschieden. Dieser Auffassung hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Dem kann nicht beigetreten werden.

Wissenschaft und Praxis, insbesondere die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts haben die dem materiellen Prozeßrecht angehörige Norm des § 260 StPO. stets dahin aufgefaßt, daß der Strafrichter selbstständig und ausschließlich über alle Voraussetzungen seines Urteils, über die gesamte Tat- und Rechtslage lediglich nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden hat (vgl. auch RMG. 12, 89; RGZS. 41, 272). Denn nur so kann er seiner Aufgabe und Pflicht, die objektive Wahrheit zu ermitteln, gerecht werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur auf ‚positiv gesetzlicher Grundlage' zugelassen werden (RGStS. 39, 64). Nur soweit ausdrücklich eine Sondervorschrift, sei es ein Reichsgesetz, sei es eine reichsgesetzlich zugelassene landesrechtliche Bestimmung, die Entscheidung einer Vorfrage mit bindender Wirkung für den Strafrichter einer anderen Staatsbehörde zuweist, ist der Strafrichter in der Entscheidung von Vorfragen beschränkt. Denn der Richter ist nur dem Gesetz unterworfen (Art. 86 der Preuß. Verfassung; § 1 Ger.-Verf.-Ges.); nur eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kann ihn deshalb in der Rechtsfindung beschränken.

Wenn demgegenüber auf die ‚Bindung' der Staatsbehörden untereinander hingewiesen ist, so ist zu erwidern, daß diese Bindung für den Strafrichter gerade nicht gilt, eben weil er die objektive Wahrheit zu ermitteln hat. Wäre der Strafrichter ohnehin an die von andern Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Entscheidungen gebunden, so wären Gesetzesbestimmungen, die eine solche Bindung ausdrücklich festsetzen, überflüssig und unverständlich, wie z. B. § 135 Gew.-Unf.-Ges., § 146 LandUG., § 45 BauUG., § 133 SeeUG. Der Senat steht in dieser Beziehung vielmehr auf dem Standpunkt, den das Kammergericht bereits in seinem Urteile vom 20. Oktober 1902 (Goltd. Arch. 51, 60) eingenommen hat, daß Entscheidungen und Verfügungen anderer Behörden für den Strafrichter nur die ihnen im Rechtsleben beigelegte konstitutive, d. h. rechtserzeugende, rechtsverändernde, rechtsaufhebende, aber keine deklaratorische, d. h. feststellende Bedeutung haben, soweit nicht das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt.

Das Reichsgericht führt in seinem Urteil vom 19. November 1909 aus, der Grundsatz, daß der Strafrichter selbständig über alle Vorfragen entscheidet, findet seine Grenzen in der materiellrechtlichen Wirkung der

Entscheidung von nichtrichterlichen Behörden. Dem ist nach dem Gesagten beizutreten, sofern durch Gesetz solchen nichtrichterlichen Behörden eine den Strafrichter bindende Entscheidung übertragen ist. Es kommt daher im vorliegenden Falle darauf an, ob das Gesetz einer nichtrichterlichen Behörde das Recht zugesprochen hat, mit ausschließlicher Wirkung darüber zu befinden, ob die Annahme eines Adelsprädikates unbefugt sei. Durch Reichsgesetz ist dies zweifellos nicht geschehen, in Frage kommt nur Landesrecht. Aber auch hier ist eine ausdrückliche Bestimmung von keiner Seite behauptet, es wird nur im Wege der Auslegung versucht, eine Bindung des Strafrichters aus den Vorschriften des 9. Tit. II. Teils ALR. zu folgern.

Die ausschließliche Befugnis des Königs zur Entscheidung über die mangelnde Befugnis zur Adelsführung wird zunächst daraus hergeleitet, daß der König die alleinige ‚Quelle' des Adelsrechts sei. Dies ist allerdings in dem Sinne unbestreitbar richtig, daß in der absoluten Monarchie der König die Quelle aller Gesetze und damit auch aller durch die Gesetze gewährten Rechte war. In diesem mittelbaren Sinne war indes der König nicht nur die Quelle des Adelsrechts, sondern auch aller anderen Rechte. So wenig wie der König damit die Befugnis zur ausschließlichen Entscheidung über das Bestehen dieser anderen Rechte in Anspruch genommen, sie vielmehr den in seinem Namen erkennenden Gerichten übertragen hat, so wenig läßt sich daraus herleiten, daß der König unter Ausschluß des Richters über das Bestehen des Adelsrechts zu entscheiden hat.

Soll aber darüber hinaus behauptet werden, daß auch nach den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts nur der Wille des Königs die unmittelbare Quelle alles Adels sei, so ist dies nicht richtig. Abgesehen davon, daß die gesetzlichen Bestimmungen die Verleihung, die Erneuerung und die Anerkennung des Adels nur für die Zukunft betreffen, kennt das Allgemeine Landrecht auch Entstehungsgründe des Adels unabhängig von dem Willen des Königs. Geburt, Ehe, Legitimation, auch durch gerichtliche Erklärung des Vaters (§ 5, II 9 ALR.) und selbst Richterspruch (§ 6).

Es kommt hierauf aber nicht einmal an. Denn daraus, daß der König ‚Quelle' eines Rechts ist, kann nichts für seine ausschließliche Befugnis zur Entscheidung über das Bestehen dieses Rechts gefolgert werden. Zweifellos ist der König, soweit Orden und Staatstitel in Frage kommen, alleinige ‚Quelle' dieser Auszeichnungen. Aber noch niemals ist behauptet worden, daß aus diesem Grunde der König im Falle des § 360[8] StGB. unter Ausschluß des Strafrichters zu entscheiden habe, ob jemand einen Orden oder einen Titel unbefugt angenommen habe.

Hauptsächlich dreht sich der Meinungsstreit um die Auslegung des § 19 II 9 ALR., nach welchem der vierundvierzigjährige Adelsbesitz, als auf Anerkenntnis des Staates beruhend, die widerlegbare Vermutung des Adelsrechts begründen soll. Nichts sagt der § 19 davon, daß der König durch diese Bestimmung nur sich habe binden wollen, daß nur er zu entscheiden habe, ob die Vermutung besteht oder widerlegt ist, und daß das Anerkenntnis nur ein solches des Königs sein könne. Das Gegenteil ergibt sich aus dem unmittelbar vorhergehenden § 18 a. a. O. Dieser bestimmt, daß jemand unter gewissen Voraussetzungen ‚in seinen adligen Rechten durch den Fiskus nicht beunruhigt werden' soll. Es ist von vornherein wenig wahrscheinlich, daß sich der König hier als ‚Fiskus' bezeichnet haben sollte, zumal in den vorangegangenen §§ 9 ff. a. a. O., da, wo der König gemeint ist, klar und unzweideutig von dem ‚Oberhaupt des Staates' oder dem ‚Landesherrn' gesprochen ist. Vollends aber ist die Fassung, daß dem König die ‚Beunruhigung' von Staatsbürgern verboten werde, mit der Gesetzessprache der absoluten Monarchie unvereinbar. Der absolute König würde die Unterstellung, daß er in seinem Reich jemand ‚beunruhigen' könne, und daß ihm diese ‚Beunruhigung' verboten werde, weit von sich gewiesen haben, und niemand würde sich unterfangen haben, den einfachen Gedanken, daß der König trotz seiner ausschließlichen Entscheidungsbefugnis über die Adelszugehörigkeit die bis auf das Normaljahr zurückreichende Adelsführung gelten lassen wolle, in das Verbot einer solchen ‚Beunruhigung' zu kleiden. Der § 18 kann also nicht ein an den König gerichtetes Verbot enthalten. Mit dem ‚Fiskus'

im § 18 sind vielmehr die Staatsbehörden gemeint; diese sollen den ‚im wirklichen Besitz des Adels' aus dem Normaljahr Befindlichen nicht ‚beunruhigen' dürfen.

Wenn nun im unmittelbaren Anschluß an diese den Staatsbehörden geltende Vorschrift des § 18 im folgenden § 19 von einem Anerkenntnis des ‚Staates' gesprochen wird, so bestand der zwingendste Anlaß, falls mit dem ‚Staat' ausschließlich der König gemeint sein sollte, dies, wie in den §§ 9ff. geschehen, besonders zum Ausdruck zu bringen. Aber nicht mit einem Wort ist dies angedeutet. Der § 19 ist deshalb, wie das Reichsgericht in dem Urteil vom 19ten November 1909 als möglich zugibt (ebenso Arch. f. öffentl. Recht 24, 96; 91), dahin auszulegen, daß das ‚Anerkenntnis des Staates' auf alle Behörden zu beziehen ist. Für den ungestörten vierundvierzigjährigen Adelsbesitz fingiert das Gesetz als Titel ein — mindestens stillschweigendes — Anerkenntnis des Staates, und dieser titulierte Adelsbesitz soll die Vermutung des Adelsrechts begründen. Diese Vermutung, weil auf einem Anerkenntnis des Staates beruhend, haben die Staatsbehörden so lange gegen sich gelten zu lassen, als sie nicht das Adelsrecht widerlegt haben. Freilich hebt der § 19 den Richter als zur Entscheidung hierüber zuständig nicht besonders hervor. Aber dies war auch nicht erforderlich. Einmal bildet es die überwiegende Regel, daß die Gesetze nicht selbst den Richter als den zur Anwendung des Gesetzes Berufenen ausdrücklich bezeichnen. Sodann gilt, wenn alle Behörden an das Anerkenntnis des Staates gebunden sind, dies eben auch für den Richter, der nicht verurteilen darf, bevor er die Vermutung des § 19 widerlegt hat. Anders läge die Sache nur dann, wenn das Gesetz die Prüfung dieser Frage einer anderen Behörde ausdrücklich zuwiese. Daß dies durch einen ausdrücklichen Ausspruch geschehen, sagt auch das Reichsgericht nicht.

Im übrigen handelt es sich nur darum, welche Wirkung die ‚Nichtanerkennung' des Adels durch den König oder die Adelsbehörde hat. Daß nur dem König (oder, soweit die Befugnis übertragen, der Adelsbehörde) das Recht zusteht, den Adel ausdrücklich anzuerkennen, ist nicht zu bezweifeln. Ebenso unstreitig ist aber auch, daß dem König nicht das Recht der Aberkennung des Adels zusteht und nach dem allgemeinen Landrecht niemals zugestanden hat. Folglich ist es nicht richtig, die ‚Nichtanerkennung' des Adels als ‚Aberkennung' auszulegen. Dies tut aber das Reichsgericht in dem Urteil vom 19. November 1909. Dort heißt es wörtlich, die Staatsbehörden dürften ‚sich nicht über die Aberkennung des Adels hinwegsetzen', ‚den aberkannten (Adel) nicht als bestehend ansehen'. Hier ist die Verneinung nicht richtig gewürdigt, und mit der unrichtigen Voraussetzung fällt auch der Schluß. Die ‚Nichtanerkennung' des Adelsbesitzes ändert an dem Adelsrecht nichts, sie läßt in dieser Beziehung alles beim alten, schafft daher auch nicht den äußeren Tatbestand des § 380[8] StGB., nämlich die mangelnde Befugnis zur Führung des angenommenen Adelsprädikates.

Nun sagt das Reichsgericht, die Anerkennung des Adels sei ein Hoheitsrecht, die Entscheidung über Staatshoheitsrechte sei den ordentlichen Gerichten entzogen; eine Ausnahme von diesem Grundsatz bedürfe überzeugender Begründung.

In dieser Allgemeinheit ist der aufgestellte Satz jedoch nicht richtig. Die Ausübung eines Hoheitsrechts kann allerdings nicht unmittelbar und selbständig Gegenstand gerichtlicher Nachprüfung sein. Insoweit ist der Rechtsweg unzulässig. Aber soweit es sich um eine Vorfrage handelt, ist die Entscheidung über Hoheitsrechte den ordentlichen Gerichten keineswegs entzogen.

Nach § 6 II. 13 ALR. ist das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, sie wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ein ‚Majestätsrecht'. Diese Bestimmung hindert aber durchaus nicht, daß der Strafrichter als Vorfrage über die Gültigkeit von Reichsgesetzen entscheidet. Dies ist anerkannten Rechtens, da in der Reichsverfassung eine dem Art. 106 der Preußischen Verfassung entsprechende Vorschrift fehlt. Auch trotz dieser Vorschrift ist die Gültigkeit der preußischen Gesetze zur Zeit keineswegs der Entscheidung des Strafrichters gänzlich entzogen. Er hat stets, bevor er ein solches an-



wendet, zu prüfen, ob es durch ein Reichsgesetz oder ein jüngeres Landesgesetz aufgehoben ist; insbesondere hat er in den zahlreichen Fällen, in denen das neue Gesetz sich auf die Generalklausel beschränkt, daß alle jenem entgegenstehende Gesetze außer Kraft treten, selbständig darüber zu befinden, welche älteren Gesetzesbestimmungen dem jüngeren Gesetz ‚entgegenstehen' und daher aufgehoben sind.

Auf dem Gebiete des Polizeiverordnungsrechts hat der Richter zwar nicht die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, wohl aber die ‚gesetzliche Gültigkeit' der Polizeiverordnungen nachzuprüfen (§ 17 des Ges. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850), also gerade die Frage, ob die verordnende Behörde das ihr delegierte Hoheitsrecht inhaltlich ohne Rechtsirrtum ausgeübt hat. Ebenso entscheidet der Strafrichter über die Gültigkeit von Ortsstatuten, Steuerverordnungen der Gemeinden usw., wie auch die Ausübung der Finanzhoheit auf dem Gebiete des Zoll-, Steuer- und Stempelwesens seiner Nachprüfung nicht entzogen ist. Selbst über die Auslegung von Staatsverträgen, insbesondere von Auslieferungsverträgen entscheidet er selbständig.

Der vom Reichsgericht aufgestellte Grundsatz, daß die Entscheidung über Staatshoheitsrechte auch als Vorfrage den ordentlichen Gerichten entzogen sei, trifft mithin nicht zu, es bedarf daher auch nicht des verlangten besonderen Beweises einer Ausnahme von diesem nicht bestehenden Grundsatz, um den Strafrichter zur Entscheidung einer solchen Vorfrage zu ermächtigen, sondern gerade im Gegenteil muß bewiesen werden, daß ein Fall vorliegt, in welchem dem Richter die Entscheidung einer Vorfrage durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift entzogen ist. Dieser Beweis kann nicht geführt werden, weil eine solche Vorschrift fehlt. Mangels einer solchen aber ist die Frage, ob jemand unbefugt ein Adelsprädikat angenommen hat, im Rahmen des § 360[8] StGB.'s eine bloße Beweisfrage, gerade so wie die Frage, ob jemand unbefugt einen Orden oder einen Titel angenommen hat.

Der Senat bleibt also bei seiner in dem Urteil vom 19. November 1907 (KJB. 36. C 105) ausgesprochenen Ansicht, daß der Strafrichter an die Entscheidung des Heroldsamts nicht gebunden ist, sondern selbständig die Frage der unbefugten Annahme eines Adelsprädikates, insbesondere auch das Vorliegen der Vermutung des § 19 II 9 ALR. zu prüfen hat.

Der Ansicht des Senats sind auch in den neuesten Auflagen ihrer Kommentare zum Strafgesetzbuch Olshausen und Frank beigetreten. Derselben Meinung sind Oppenhoff-Delius (§. 360[8] StGB.) und Bornhak, Preußisches Staatsrecht I. 293.

Hiernach bedarf es keines weiteren Eingehens auf die staatsrechtliche Stellung des Heroldsamtes.

Das angefochtene Urteil unterlag demgemäß der Aufhebung. Das Berufungsgericht hat nunmehr selbständig zu prüfen, ob die Angeklagte unbefugt den Freiherrntitel führt. . ."

Mit dem vorstehenden Urteil tritt der zweite Strafsenat des Kammergerichts in Widerspruch nicht nur, wie es nach den einleitenden Worten der Urteilsgründe scheint, zu dem 2. Strafsenat des Reichsgerichts, sondern außer zu vielen Instanzgerichten auch zu den oben genannten vier preußischen Oberlandesgerichten Königsberg, Breslau, Marienwerder und Hamm. Dies bedarf schon deshalb besonderer Betonung, weil dem 2. Strafsenat des Kammergerichts als Revisionsinstanz bei Strafverfolgungen wegen Adelsanmaßung keine andere Stellung zukommt, als den übrigen preußischen Oberlandesgerichten (§ 50, Ges. v. 24. April 1878, GS. S. 230, § 9 EG. GVG. § 123 GVG.). Praktische Bedeutung könnte die Stellungnahme des 2. Strafsenats des Kammergerichts für den Bezirk des Kammergerichts nur dann gewinnen, wenn der Senat andauernd die der sonstigen Rechtsprechung folgenden Urteile der Instanzgerichte im Bezirke des Kammergerichts aufheben und so mittelbar eine partikulare Rechtsbildung über ein preußisches Staatshoheitsrecht innerhalb eines einzelnen Oberlandesgerichtsbezirks herbeiführen würde.



Der Eintritt dieser Folge wird indes nicht zu besorgen sein, da sich der Senat bei einer erneuten Prüfung der Frage wohl von der Unrichtigkeit seiner Ansicht überzeugen wird.

Die Beweisführung des Senats ist folgende: Nach § 260 StrPO. habe der Strafrichter nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden und alle für die Beantwortung der Schuldfrage maßgebenden Voraussetzungen — mögen sie dem eigentlichen Strafrecht oder einem anderen Rechtsgebiet, insbesondere auch dem sonstigen öffentlichen Recht angehören — selbständig und ungehindert durch Beweisregeln oder durch Entscheidungen anderer Gerichte oder Behörden festzustellen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könne nur auf positiver gesetzlicher Grundlage zugelassen werden. Nur soweit eine Sondervorschrift, sei es ein Reichsgesetz, sei es eine reichsgesetzlich zugelassene landesrechtliche Bestimmung, die Entscheidung einer Vorfrage einer anderen Staatsbehörde mit für den Strafrichter bindender Wirkung übertrage, sei der Strafrichter in der Entscheidung von Vorfragen beschränkt. Weder durch Reichsgesetz, noch durch Landesgesetz sei aber einer nichtrichterlichen Behörde das Recht übertragen, mit ausschließlicher Wirkung, also bindend, darüber zu befinden, ob die Annahme eines Adelsprädikats unbefugt sei.

Der Grundfehler des 2. Strafsenats des Kammergerichts besteht nun darin, daß er die rechtliche Natur des von ihm an die Spitze gestellten Prinzips des § 260 StrPO. außer acht läßt. Er übersieht völlig, daß der § 260 StrPO. ein Grundsatz des Prozeßrechts ist. Nur so konnte es kommen, daß er den in dem Urteil des Reichsgerichts vom 19. November 1909 ausgesprochenen Satz,

> „der Grundsatz, daß der Strafrichter selbständig über alle Vorfragen entscheidet, findet seine Grenze in der materiell rechtlichen Wirkung der Entscheidung von nichtrichterlichen Behörden“,

mit dem Zusatz versieht:

> „sofern durch Gesetz solchen nichtrichterlichen Behörden eine den Strafrichter bindende Entscheidung übertragen ist.“

Gerade die Unterscheidung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht ist der springende Punkt, auf den es ankommt.

Der zweite Strafsenat des Kammergerichts tritt danach an die Prüfung der in Rede stehenden Frage von einem Ausgangspunkt heran, von dem aus diese Frage nicht gelöst werden kann.

Denn sein Ausgangspunkt ist ein rein prozeßrechtlicher, die Frage aber, ob der Strafrichter an die vom König oder dem Heroldsamt erklärte Nichtanerkennung oder Anerkennung einer Berechtigung des wegen Adelsanmaßung Angeklagten zur Führung des Adelsprädikats gebunden ist, ist. — worauf das Heroldsamt schon im Arch. f. öff. Recht, Bd. 24 S. 195 nachdrücklichst hingewiesen hat — lediglich aus dem materiellen Recht zu beantworten.

Das für die Frage zur Anwendung zu bringende materielle Recht, ob jemand „unbefugt“ ein Adelsprädikat annimmt, ist das preußische Adelsrecht. Nach diesem materiellen Recht ist aber derjenige nicht befugt, ein Adelsprädikat zu führen, demgegen-

über der „Staat“ die Befugnis zur Adelsführung verneint hat.

Der Adel ist, wie das Heroldsamt im Arch. f. öff. Recht. Bd. 23. S. 47 ff. im Anschluß an Jellinek und mit Rücksicht auf die historische Entwickelung des Adelsstandes eingehend dargelegt hat und wie in der höchstrichterlichen Judikatur übereinstimmend anerkannt ist, ein subjektives öffentliches Recht, ein öffentlich-rechtlicher Status, der als solcher rechtliche Beziehungen zwischen dem Adligen und dem Staat erzeugt, und zwar, da der Adel heute Landesadel ist, zwischen dem Adligen und dem Einzelstaat. Aus der Zugehörigkeit zum Adel fließt als prinzipales Recht das Recht auf Anerkennung des Adels, und zwar richtet sich dieser Anspruch, da, wie früher dargelegt, der Adel näher in einer Rechtsbeziehung zum Staatsoberhaupt besteht, gegen den Monarchen.

Die Anerkennung eines Adelsrechts ist ein Staatshoheitsrecht. Ein Zwang, ein Staatshoheitsrecht, also auch die Adelshoheit, in bestimmter Weise auszuüben, im kontreten Fall als Anerkennung oder als Nichtanerkennung eines beanspruchten Rechts auszuüben, besteht nicht (vergl. die Judikatur in Johow, Jahrb. Bd. 36 A 56). In welchem Sinne der König die Adelshoheit ausüben will, darüber entscheidet er allein.[4]) Bei seiner Ausübung handelt es sich nicht um eine Entscheidung im Sinne der Ausübung von Gerichtsbarkeit, sondern um einen Willensakt, wie denn überhaupt Anerkennung die Willenserklärung ist,

> „kraft welcher ein streitiges oder bestreitbares Verhältnis oder eine derartige Tatsache von der zur Bestreitung berechtigten Person als zu Recht bestehend erklärt wird“. (Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1905 S. 122; Arch. f. öff. Recht Bd. 23 S. 49.)[5])

Daß in Preußen „Voraussetzung der Führung eines zweifelhaften oder streitigen Adels ... in allen Fällen eine Bestätigung oder Anerkennung durch den Landesherrn“ ist, hat das Heroldsamt bereits in seinem ersten Aufsatz im

[4]) Vergl. den Bericht des Staatsministeriums vom 16. November 1831 Ges.-S. S. 255 ff.: „Allein so wenig der Souverän in Ausübung seiner Hoheitsrechte selbst von der Einwirkung irgendeiner Gerichtsbarkeit abhängt, so wenig hat derselbe die Folgen dieses Gebrauchs seiner Rechte in einem gerichtlichen Verfahren zu verantworten.“

[5]) Aus dem Charakter der Anerkennung und Nichtanerkennung als Willenserklärung erklärt sich auch das von dem Zivilsenat 1a des Kammergerichts für die Bindung des Richters aufgestellte Erfordernis der vorherigen Bekanntgabe der „Entscheidung“ des Königs bezw. der Adelsbehörde an den von ihr Betroffenen (Johow, Jahrb. Bd. 36 A 67); ebenso die Widerruflichkeit eines Anerkenntnisses oder einer Nichtanerkennung wegen Irrtums oder Betruges, abgesehen davon, daß die Widerruflichkeit auch aus dem Zweck der Adelsprüfung als eines Verfahrens zum Zweck der Ermittelung der objektiven Wahrheit folgt. Aus dem Erfordernis vorheriger Bekanntgabe der „Entscheidung“ an den Beteiligten erklärt sich ferner das im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 62, Bd. 24 S. 123 und vom 2. Strafsenat des RG. kritisierte Urteil des 4. Zivilsenats des RG. vom 6. April 1898 (Gruchot Beitr. Bd. 42 S. 982 ff.); eine „Entscheidung“ des Heroldsamts, also ein dem Betroffenen bekanntgegebener Spruch desselben lag damals nicht vor, denn das Reichsgericht spricht an der entscheidenden Stelle dieses Urteils, d. i. am Schluß, lediglich von einer „Auskunft“ und im übrigen nur von „Entscheidungen“, die den Vater des dortigen Klägers betrafen.

Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 13/14 ausgesprochen. Auch die Judikatur erkennt diesen Satz als materielles preußisches Adelsrecht an. So bezeichnet das Urteil des 2. Strafsenats des Reichsgerichts vom 19. November 1909 (s. sub I 1 b) es als einen „Grundgedanken des Allgemeinen Landrechts, daß das Recht auf den Adel die Anerkennung des Königs voraussetzt", so sagt ferner der Strafsenat des Oberlandesgerichts Königsberg in seinem Urteil vom 9. April 1908:

> „Die Zugehörigkeit zum Adel setzt deren Anerkennung durch den Staat resp. die von dem Staatsoberhaupte als Organ des Staats delegierte Behörde voraus,"
>
> „ohne staatliche Anerkennung gibt es daher keinen Adel, und niemand kann sich den Adel anmaßen, welchem das Recht dazu von dem Träger des Staatshoheitsrechts oder der von diesem dazu berufenen Behörde, d. i. dem Heroldsamt, abgesprochen ist,"

und so heißt es auch in dem oben erwähnten Urteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts Posen vom 15. Februar 1908:

> „mit der Ausübung des Hoheitsrechts als begrifflich verbunden muß aber die Befugnis angesehen werden, nicht nur durch rechtsbegründenden Akt den Adel zu verleihen, sondern auch Anordnungen darüber zu treffen, in welcher Weise die Zugehörigkeit zum Adel maßgebend festzustellen ist. Denn von dieser Feststellung hängt schließlich die Ausübung des Adelsrechts ab. . . ."

Auch Thiele bezeichnet als das leitende, das ganze Adelsrecht beherrschende Prinzip (Arch. f. öffentl. Recht Bd. 24 S. 93) den Satz: „kein Adel ohne Anerkennung des Staates," d. i. auch nach seiner Auffassung (siehe ebenda S. 86, 88, 96, 98, 101) des Staatsoberhauptes.

Den gleichen Standpunkt nehmen die hessischen Gerichte ein (s.RGCivS. Bd. 67 S. 345 ff., Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 184 ff., insbesondere 187).

Daß in der Tat nach preußischem Staatsrecht sich der König die Anerkennung und Nichtanerkennung eines beanspruchten Adels vorbehalten hat, darüber kann nach den geschichtlichen Tatsachen, wie sie das Heroldsamt im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 14 ff., 38 ff., Bd. 23 S. 24 ff., 181 ff. (s. auch Bd. 24 S. 102 ff.) ausführlich dargelegt hat und der 2. Strafsenat des Reichsgerichts im Anschluß an die Ausführungen des Zivilsenats 1a des Kammergerichts eingehend gewürdigt hat, schlechterdings kein Zweifel sein. An diesen Tatsachen ist aber der 2. Strafsenat des Kammergerichts in seinem Urteil mit vollständigem Stillschweigen vorübergegangen.[6]) Sie zeigen, daß schon zur Zeit der Emanation des Allgemeinen Landrechts und dann weiterhin ununterbrochen die Anerkennung oder Nichtanerkennung des Adels vom König bestimmten Behörden delegiert war. Diese Delegation hätte gar keinen Sinn gehabt, wenn der König es für zulässig gehalten hätte, daß nach erfolgter Prüfung durch diese Behörden das Ergebnis dieser Prüfung durch andere Behörden hätte vernichtet werden können.

---

[6]) Entgegen dem Urteil desselben 2. Strafsenats des Kammergerichts in der Strafsache gegen den früheren Oberst Gädke (Johow, Jahrb. Bd. 36 C 120 ff.), das die Bedeutung der historischen Entwicklung des dort in Frage stehenden Hoheitsrechts mit Recht wohl beachtet (s. bes. a. a. O. S. 124 unten, 125 oben).



Im übrigen hat das Heroldsamt schon früher mehrfach dargelegt, daß aus den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts als materiellrechtlichen Gesetzes sich als notwendige Grundlage für das Recht zur Adelsausübung ergibt, daß die Befugnis hierzu nicht vom König verneint sein darf.

Dieser allgemeine Grundsatz kommt im § 95 II 9 ALR. zum besonderen Ausdruck, der in dem Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts gar nicht mehr behandelt wird, während doch der Strafsenat des Oberlandesgerichts Königsberg, der Zivilsenat Ia des Kammergerichts und der zweite Strafsenat des Reichsgerichts ausdrücklich aussprechen, daß er der Ausdruck eines adelsrechtlichen Grundsatzes, nicht eine adelsrechtliche Ausnahmevorschrift ist.

Der § 95 II 9 ALR. behandelt den in der Literatur und Judikatur schlechthin als „Adelsverdunkelung" bezeichneten Fall des Nichtgebrauchs des Adels in einer Familie während längerer Zeit. Er lautet:

> „Wenn eine adelige Familie sich in zwei Geschlechtsfolgen ihres Adels nicht bedient hat, so muß derjenige, welcher davon wieder Gebrauch machen will, sich bei dem Landesjustizkollegio der Provinz melden und seine Befugnis dazu nachweisen."

Diese Bestimmung steht am Ende des mit § 81 beginnenden Abschnitts gesetzlicher Vorschriften des Marginales „Verlust des Adels", in unmittelbarer Folge hinter der Bestimmung des § 94: „Durch den bloßen Nichtgebrauch adeliger Rechte und Titel geht der Adel selbst nicht verloren."

Das Heroldsamt ging zwar im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 35 f. im Anschluß an die dortige Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 95 II 9 ALR. von der Annahme aus, daß der „verdunkelte Adel" im Sinne des ALR. als verloren gilt. Diese Annahme hat das Heroldsamt aber alsbald für irrig erkannt und deshalb schon im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 21 (vgl. dort die Sätze: „Ist etwa während der zwei Geschlechtsfolgen des unterlassenen Gebrauchs des Adels ein Adelsverlust eingetreten?", „ob zwischenzeitlich der Adel verloren gegangen ist oder nicht") fallen lassen. Hierfür mußten folgende Erwägungen maßgebend sein:

Wie der im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 44 ff. zum Abdruck gebrachte Beschluß des 1. Zivilsenats des Kammergerichts vom 2. Mai 1907 in ausführlicher rechtsgeschichtlicher und rechtsdogmatischer Darstellung feststellt, war es ein Grundsatz des gemeinen deutschen Staatsrechts, daß die Wiederaufnahme des Gebrauchs eines längere Zeit hindurch in einer Familie nicht gebrauchten Adels nur nach vorgängiger Prüfung berechtigt sei. Es war dies eines der principia generalia, die, wie Suarez in den amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des ALR. zu Art. IX bemerkt, allgemein anerkannten deutschen Rechts waren und deshalb in das Allgemeine Landrecht aufgenommen worden sind. Der Grund für die Notwendigkeit dieser Adelsprüfung lag darin, daß bei einer längeren Unterbrechung des Adelsgebrauchs Zweifel darüber entstehen mußten, ob je Adelszugehörigkeit bestanden hatte und, wenn dies der Fall, bestehen geblieben war. Das gemeine deutsche Recht stand deshalb auf dem Standpunkt, daß ein Nichtgebrauch des Adels von längerer Dauer die Zugehörigkeit zum Adel „verdunkelt". „Verdunkelt" ist aber nicht „verloren". In Anbetracht des Umstandes, daß wie das Gesetz selbst, so auch schon der, der Redaktion des Ge-

setzes am nächsten liegende Entwurf Suarez', ohne eine Ausnahme zu machen, den Satz enthält, „durch den bloßen Nichtgebrauch adeliger Rechte und Titel geht der Adel selbst nicht verloren," läßt sich auch aus dem Monitum Suarez',

> der § 59 des Kleinschen Vorentwurfes sei unbestimmt und könne seines Erachtens nur durch Festsetzung einer Verjährungfrist bestimmter gemacht werden,

nicht etwa der Schluß ziehen, daß es bei der Vorschrift über den Nichtgebrauch des Adels in zwei Geschlechtsfolgen Wille des Gesetzgebers war, mit dieser Vorschrift eine Verjährung des Adels im Sinne eines durch Nichtgebrauch eintretenden Rechtsverlustes zu normieren, sondern nur der Schluß, daß hier anstelle der im gemeinen Recht für die Annahme einer Verdunkelung unbestimmten und je nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilenden Frist des Nichtgebrauches des Adels im Interesse der Rechtssicherheit eine ganz bestimmte Frist normiert werden sollte.

> Da eine „Verjährung" nach § 500 I 9 ALR. nur dann vorhanden ist, „wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht,"

(vgl. entsprechend § 107 der Einleitung:

> „doch kann, nach näherer Bestimmung der Gesetze ein Recht auch durch den unterlassenen Gebrauch . . . . verloren gehen"),

so bleibt für das einzelne in Frage stehende Recht zu untersuchen, ob das Gesetz seinen Untergang als Folge des Nichtgebrauchs will (vgl. z. B. § 50 I 22 ALR.). Ein solcher Wille ist für das Adelsrecht nirgends im Gesetz ersichtlich. Wenn früher aus dem Umstande, daß der § 95 unter dem Marginale „Verlust des Adels" aufgeführt ist, geschlossen worden ist, daß § 95 einen Adelsverlustgrund enthalte und bemerkt wurde, daß § 94, der ebenfalls unter dem Marginale „Verlust des Adels" steht, mit den Worten „bloßen Nichtgebrauch" auf den Verlustgrund der Adelsentsagung hinweise, so läßt sich das (abgesehen davon, daß die Marginalien für den Inhalt des Gesetzes nicht maßgebend sind), deshalb nicht aufrechterhalten, weil er durch seine Versetzung an eine andere Stelle gegenüber dem Kleinschen Vorentwurf von seiner dortigen inhaltlichen Beziehung zu dem Verlustgrund „Adelsentsagung", der im Gesetz überhaupt nicht ausdrücklich behandelt ist, vollkommen losgelöst worden ist. Nach seiner Stellung im Gesetze leitet der § 94 nur zu dem § 95 über, um im Verein mit diesem erkennbar zu machen, daß zwar wie im gemeinen Recht Nichtgebrauch des Adels in keinem Fall für sich allein den Verlust des Adels herbeiführe, daß aber der Nichtgebrauch des Adels in zwei Geschlechtsfolgen demjenigen, der einer „adligen Familie" angehört und von dem Adel wieder Gebrauch machen will, die Pflicht auferlege, seine Befugnis dazu nachzuweisen, d. h. nachzuweisen, daß er einer adligen Familie entstamme und der Nichtgebrauch des Adels nicht in einem Verlust des Adels seine Ursache habe.

Das Verfahren, in dem die durch § 95 II 9 vorgeschriebene Prüfung stattfindet, ob Adel der Familie überhaupt bestand und ob er bestehen geblieben oder aus einem vom Gesetz als solchen anerkannten Verlust-



grund verloren gegangen ist, muß notwendig mit einem Ausspruch der prüfenden Stelle über Anerkennung oder Nichtanerkennung des Adelsanspruchs enden; mit Anerkennung, wenn der Adel der Familie als ursprünglich vorhanden und trotz der Nichtführung inzwischen nicht erloschen ermittelt wird, mit Nichtanerkennung, wenn die Adelszugehörigkeit der Familie sich nicht feststellen läßt oder der inzwischen eingetretene Verlust des Adels festgestellt wird. Bei dem ersteren Prüfungsergebnis hat der, der von dem Adel Gebrauch machen will, einen Anspruch auf Anerkennung; nur wenn die Prüfung zu dem zweiten Ergebnis führt, ist er auf Anrufen der Königlichen Gnade beschränkt. Mit Recht weist also der erste Zivilsenat des Kammergerichts in seinem oben erwähnten Beschluß (s. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 45) in seiner rechtsgeschichtlichen Darstellung darauf hin, daß das in diesem Prüfungsverfahren ergehende Anerkenntnis des Adels sich begrifflich von einer Erneuerung eines wirklich verlorenen Adels unterschied, wenn auch beide Akte häufig in einander übergehen mußten, sofern der Beweis des Verlustes oder Nichtverlustes nicht sicher zu führen war. Dieser begriffliche Unterschied des Anerkenntnisses eines als bestehend ermittelten Adels von dem Anerkenntnis eines zweifelhaft gebliebenen oder verlorenen Adels besteht darin, daß das erstere ein Recht feststellender, letzteres ein Recht schaffender Akt ist.[7])

Der Fall des Nichtgebrauchs des Adels in zwei Geschlechtsfolgen ist ein Fall, in dem der Adel zweifelhaft ist. Er liegt materiell nicht

---

[7]) Der Unterschied zwischen gnadenweiser Anerkennung und rechtlicher Anerkennung findet zugleich mit der Tatsache, daß beides dem Könige zusteht, gesetzlichen Ausdruck darin, daß in der am 1. Oktober 1801 publizierten. Neuen Taxe für die Geheime Staatskanzlei zu Berlin vom 4. Juni 1801 unter dem „Hoheits- und Gnadensachen" überschriebenen Titel II sich die Position findet:

> „für eine Anerkennungs- und Bestätigungsurkunde eines auswärtigen oder zweifelhaften Adels".

Daß mit der Anerkennung eines zweifelhaften Adels hier ein auf Grund der Adelshoheit abgegebenes Rechtsanerkenntnis gemeint ist, zeigt die Tatsache, daß in dem späteren „Gnadenstempeltarif" vom 15. Juni 1824, diese Position sich nur noch für die Anerkennungsurkunde eines auswärtigen Adels findet, die selbstverständlich lediglich einen Gnadenakt darstellt. Entsprechendes zeigt das Edikt über den Adel im Königreich Bayern vom 26. Mai 1818 (GS. Bl. f. d. Königr. Bayern 1818 S. 214 ff.) §§ 19, 2. Denn nach diesem darf die beim König nachzusuchende „Erneuerung" des Adels im Falle eines durch wenigstens zwei Generationen fortdauernden Nichtgebrauchs des Adelstitels bei „Vorlegung der Abstammungsbeweise" und wenn ein „bloßer" Nichtgebrauch — kein Verlustgrund — vorliegt, nicht verweigert werden. Danach ist die Erneuerung also nicht Gnade, sondern Rechtspflicht. Demgemäß sagt auch von Seydel in seinem Bayr. Staatsrecht 1896 Bd. I S. 314: „Wenn . . . der Nichtgebrauch durch wenigstens zwei Generationen gedauert hat, so können spätere Abkömmlinge den Adel nur nach vorgängiger Prüfung und Bestätigung des Rechtstitels wieder aufnehmen. Die Verfassung hat hierfür den unpassenden Ausdruck ‚Erneuerung des Adels'." Dabei sei bemerkt, daß die Annahme des 1. Zivilsenats des Kammergerichts in dem oben angezogenen Beschluß (s. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 46), daß im Fall der Adelsverdunklung gemäß dem Allerhöchsten Erlaß vom 16. August 1854 immer eine Anerkennung des Adels durch Königliche Ordre erforderlich sei, nicht zutreffend ist. Zur Allerhöchsten Vollziehung sind nur die Adelsanerkenntnisse zu bringen, die nicht Rechtspflicht, sondern Gnadenakte sind. Im übrigen ist dem Heroldsamt die Anerkennung delegiert.



anders wie jeder andere Fall, in dem der Adel zweifelhaft ist. Daher wird mit Recht aus § 95 II 9 ALR. für das preußische Adelsrecht der Grundsatz abgeleitet:[8])

> jeder zweifelhafte Adel erfordert die Anerkennung des Königs, um die Ausübung eines Adelsrechts zu einer befugten zu machen.

Die Notwendigkeit der gleichen materiellen Behandlung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Anhangs-§ 120 von einem „Autorisieren" spricht. Denn da, wie nachgewiesen, der Fall des § 95 II 9 ALR. kein Fall des Adelsverlustes ist, kann dieses „Autorisieren" nicht die Bedeutung eines konstitutiven Aktes haben. Die „Autorisation", die praktisch auch gar nicht besonders ausgesprochen wird, liegt vielmehr schon in dem Ausspruch der „Anerkennung" eines Adelsrechts. Das Wort „Autorisation" ist nichts weiter als ein anderes Wort für die Willenserklärung der Anerkennung, die selbstverständlich in irgend einer Form auf Grund des geführten Adelsnachweises ausgesprochen werden muß. Daß dieses „Autorisieren" nichts anderes bedeutet, zeigt auch die Entstehungsgeschichte des Anhangs-§ 120. Dieser gibt, wie im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22 S. 38 ff. dargestellt, die Deklaration vom 24. September 1798 wieder, der das durch ein Schreiben des Departements der auswärtigen Angelegenheiten vom 28. September 1797 veranlaßte Promemoria des Großkanzlers vom 21. Oktober 1797 vorangegangen war. Jenes Schreiben hatte darüber Klage geführt, es hätten Supplikanten sich auf § 95 berufen, in dem Sinne, daß dieser ihnen ein Recht zur Adelsführung gebe, wenn die Justizkollegien infolge eines ihnen erbrachten Nachweises die Zugehörigkeit zum Adel anerkannten. (s. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 23.) Diese Vorstellung wurde nur deshalb als unzutreffend erachtet, weil den Justizkollegien nicht die Kompetenz zur Adelsprüfung zustand. Lediglich eine authentische Interpretation des § 95 II 9 hinsichtlich der Behördenkompetenz zu geben, war der Zweck des Anhangs-§ 120; spricht er daher von einem „Autorisieren", so soll damit nicht das Erfordernis einer besonderen Autorisation aufgestellt, sondern nur zum Ausdruck gebracht sein, daß der auf Grund der Adelsprüfung gemäß § 95 ergehende Ausspruch nicht den Gerichten zusteht.

---

[8]) „Es ist . . Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der (die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifender Kraft betätigenden) Judikatur, die . . . Grundprinzipien des Gesetzes zutage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden . . ." (RG.-Urteil vom 2. Februar 1889, s. Düringer, Richter und Rechtsprechung, 1909, S. 9.) Dementsprechend heißt es auch in dem Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts in der Strafsache gegen den früheren Oberst Gädke (s. Johow, Jahrb. Bd. 36 C 127: „Wenn nun auch in der Preußischen Verfassung dem König als Oberbefehlshaber nicht ausdrücklich das Recht beigelegt worden ist, seine Disziplinargewalt hinsichtlich des beschränkten Gebiets der Ehrengerichtsbarkeit auf die beim Ausscheiden aus dem Heere durch Verleihung der Militäruniform ausgezeichneten Offiziere auszudehnen, so entspricht dies doch zweifellos dem Geiste der Verfassung. Als der Inhalt der Verfassung muß aber auch dasjenige gelten, was nicht sowohl aus dem Wortlaute der Bestimmungen als aus sonstigen Umständen als der Wille des Gesetzgebers anzusehen ist."

Der somit im preußischen Adelsrecht geltende Grundsatz des gemeinen deutschen Staatsrechts, daß die Anerkennung des Adelsanspruchs durch den König Voraussetzung der Befugnis zur Ausübung des beanspruchten Adelsrechts ist, daß mithin die Nichtanerkennung die trotzdem erfolgende Ausübung zu einer unbefugten macht, findet sich ebenso in dem Adelsrecht der anderen deutschen Staaten. Über sein Bestehen im bayerischen Adelsrecht wird auf die Darstellung im Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 63 ff., auch S. 59 verwiesen, der nur nachzutragen bleibt, daß er bereits in dem Edikt über den Adel im Königreich Bayern vom 28. Juni 1808 (§§ 18, 15) und dem organischen Edikt, die Anordnung der Reichsheroldenamts-Sektion bei dem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten betreffend, vom 1. November 1808 (§ 11 Ziff. 11 § 13) ausgesprochen ist.

Auf dem gleichen Grundgedanken beruht das sächsische Adelsgesetz vom 19. September 1902 (siehe Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 59).

Der nämliche Satz gilt im Großherzogtum Hessen, in welchem „die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines in Anspruch genommenen Adels ausschließlich dem Großherzoge als dem Träger der Ehrenhoheit zukommt" (Schreiben des Großherzogl. Hessischen Staatsministers und Ministers des Großherzoglichen Hauses und des Äußern vom 30. Mai 1910).

Der Rechtszustand in den übrigen deutschen Bundesstaaten dürfte kein anderer sein.

Daß die Frage, ob die Annahme eines Adelsprädikats eine „unbefugte" ist, nach Landesrecht zu beantworten ist, wird von den Kommentaren des Strafgesetzbuchs einhellig bejaht.

Nach materiellem preußischem Staatsrecht ist aber, wie vorstehend dargelegt, der vom Heroldsamt in seinem zweiten Aufsatz (Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 64) aufgestellte Satz begründet:

> „objektiv unbefugt . . ist die Annahme eines Adelsprädikats, wenn nach der Entscheidung des Königs der Annehmende nicht berechtigt ist, das Adelsprädikat zu führen."

In der vorhergehenden Darstellung ist die Anwendung des Wortes „Entscheidung" tunlichst vermieden worden, vielmehr ist, wenn die Darstellung sich mit der Frage der Adelsberechtigung oder des Fehlens einer solchen zu beschäftigen hatte, der Ausdruck

„Anerkennung", „Anerkenntnis" und „Nichtanerkennung"

gebraucht worden. Es hat damit zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß es sich bei diesen Akten um Willenserklärungen des Staatsorgans handele, gegen das sich der Anspruch des Adelsprätendenten auf Anerkennung eines Adelsrechts richtet, d. i. des Monarchen. Indessen darf auch der Ausdruck „Entscheidung" von der „Anerkennung" und „Nichtanerkennung" gebraucht werden, weil der König sich durch Gesetz gebunden hat, dabei nicht willkürlich, sondern nach bestimmten Grundsätzen zu verfahren. Bei dem Gebrauch dieses Ausdruckes muß nur durchaus die Vorstellung vermieden werden, als ob es sich um eine Entscheidung prozeßrechtlicher Art handele. Es wäre offenbar ein Irrtum, anzunehmen, daß jeder Ausspruch, welcher eine Anerkennung oder Nichtanerkennung zum Gegenstande hat, einen prozeßrechtlichen Inhalt habe; das Gegenteil zeigt das privatrechtliche An-

erkenntnis. Dieser Gesichtspunkt des Charakters der „Entscheidung“, wie sie das Adelsanerkenntnis oder Nichtanerkenntnis enthält, als eines materiellen Rechtsaktes schließt ohne weiteres die Kompetenz der Gerichte für sie aus. Es steht den Gerichten auch nicht die Befugnis zu, an Stelle dieses materiellen Rechtsaktes des Königs ihre Entscheidungen in der Art treten zu lassen, wie etwa eine privatrechtliche Willenserklärung durch ein Gerichtsurteil ersetzt werden kann. Tun sie dies, so greifen sie, wie der Strafsenat des Oberlandesgerichts Königsberg, der 2. Strafsenat des Reichsgerichts und im Anschluß an dieses das Landgericht I Berlin in einem später näher berührten Urteil vom 11. Mai 1910 mit Recht nachdrücklichst hervorhebt, in ein Majestätsrecht des Königs ein. Ein solcher Eingriff ist ihnen auch nicht in Form der Beantwortung einer Vorfrage gestattet.

> Es darf — wie diese Urteile betonen — der im Namen des Königs urteilende Richter zur Grundlage seines Urteils nicht das Gegenteil dessen machen, was der König über die seiner alleinigen Entschließung vorbehaltene Frage entschieden hat.

Die Frage ist — wie der 4. Zivilsenat des RG. in seinem Beschluß vom 16. Januar 1908 (RGCivS. Bd. 67 S. 345 ff., Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 184 ff.) ausdrücklich ausspricht — in ihrem sachlichen Inhalt immer die geiche, mag ihre Beantwortung die Unterlage für die über eine andere Rechtsfrage zu treffende Entscheidung bilden, oder mag ihre Beantwortung als unmittelbare und allgemein gültige Entscheidung des Königs über die Zuständigkeit adelsrechtlicher Befugnisse erfolgen.

Daß die ganze, von dem 2. Strafsenat des Kammergerichts besonders in seinem ersten Urteil vom 19. November 1907 (Johow, Jahrb. Bd. 36 C 106 ff.) gegebene Auseinandersetzung über die „Vorfrage“ praktisch darauf hinausläuft, die von dem Könige auf Grund der von ihm vorgenommenen Adelsprüfung gegebene Entscheidung illusorisch zu machen, und daß dieses Verfahren zu einer völligen Rechtsunsicherheit im Adelsrecht führen muß, ist wiederholt vom Heroldsamt (s. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 22. S. 57, Bd. 25. S. 64 ff. 195) wie vom Oberlandesgericht Königsberg und dem 2. Strafsenat des Reichsgerichts mit Nachdruck betont worden. Daß dieser Erfolg nicht als ein „sachgemäßes Resultat“ eines Urteils, wie es vom 2. Strafsenat des Kammergerichts vorliegt, erscheinen kann, liegt auf der Hand; diese praktische Folge deutet schon selbst darauf hin, daß der 2. Strafsenat des Kammergerichts nicht von dem zutreffenden Rechtsgrundsatz ausgegangen ist (vgl. Düringer, a. a. O., S. 13). Im übrigen handelt es sich aber, wie oben nachgewiesen, gar nicht um eine „Vorfrage“ im prozeßrechtlichen Sinn, wie sie allein für die selbständige Entscheidungsbefugnis des Strafrichters in Frage kommen kann, sondern um die Feststellung eines materiellen Rechts.

Die Grundsätze, die für die „Entscheidung“ des Königs maßgebend sein sollen, sind die im Allgemeinen Landrecht niedergelegten und bekannt gegebenen adelsrechtlichen Normen. Es darf nicht unterstellt werden, daß der König sich über das Gesetz hinwegsetzen wird. Deshalb muß auch die Vorstellung zurückgewiesen werden, daß die Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs Aberkennung eines Adels-

rechts ist oder daß das Prüfungsrecht des Königs zu einer Aberkennung vorhandenen Rechts mißbraucht werden würde.

Daß die Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs durch den König oder das Heroldsamt Aberkennung eines Adelsrechtes sei, will der zweite Strafsenat des Reichsgerichts keineswegs in seinem Urteil vom 19. November 1909 aussprechen. Denn wenn er dort (vorletzter Absatz der Ziffer II) in einem vom 2. Strafsenat des Kammergerichts aufgegriffenen, aber nur teilweise wiedergegebenen Satz sagt:

> „Die deklaratorische Feststellung des Königs oder der zuständigen Adelsbehörde, daß ein beanspruchter Adel bestehe oder nicht bestehe, ist nach preußischem Recht die Ausübung eines nur dem König zustehenden Hoheitsrechts. Sie bindet als staatliche Willenserklärung alle staatlichen Behörden. Sie hat die materiell rechtliche Wirkung, daß die Staatsbehörden nicht der Betätigung des Hoheitsrechtes zuwiderhandeln, sich nicht über die Anerkennung oder Aberkennung des Adels hinwegsetzen, den anerkannten Adel nicht bestreiten, den aberkannten nicht als bestehend ansehen dürfen, weil sie keine Befugnis zu der Prüfung haben, ob das Majestätsrecht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zutreffend ausgeübt ist,"

so ist der Charakter des Spruchs des Königs oder der Adelsbehörde als einer Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Adelsrechts durch die einleitenden Worte „die deklaratorische Feststellung" zur schärfsten Betonung gebracht. Der nicht korrekt gebrauchte Ausdruck „Aberkennung des Adels" soll lediglich den früheren Satz des Urteils des Reichsgerichts aufnehmen, daß nach dem Allgemeinen Landrecht „das Recht auf den Adel die Anerkennung des Königs voraussetzt", daß also die Nichtanerkennung den Adelsgebrauch zu einem unbefugten macht. [9])

---

[9]) Gegenüber der bei Besprechung des obigen Satzes des Reichsgerichtsurteils von dem zweiten Strafsenat des Kammergerichts in seinem letzten Urteil aufgestellten und als „unstreitig" bezeichneten Behauptung, „daß dem König nicht das Recht der Aberkennung des Adels zusteht und nach dem Allgemeinen Landrecht niemals zugestanden hat", sei auf das Archiv für öffentl. Recht Bd. 23 S. 71, Bd. 24 S. 88 hingewiesen.

Das Urteil des Senats steht hier wie auch sonst ganz offensichtlich stark unter dem Einfluß eines neuerdings, gleichfalls in der DJZ. — 1910 S. 398 ff. — erschienenen Aufsatzes „Adelsstreit" eines Danziger Amtsgerichtsrats Dr. jur. et rer. pol. Hein, wenn auch der Senat diesen mehr politischen als wissenschaftlichen Aufsatz, den das Heroldsamt bei ihm in einer als Manuskript gedruckten Erwiderung einer eingehenden Kritik unterzogen hatte, nicht zitiert. Die Urteilsbegründung beachtet diese Erwiderung vielfach gar nicht. So z. B. auch nicht in dem Punkt, daß, soweit für das reine Familienrecht Richtersprüche von Bedeutung sind, nicht der Richter die Quelle des Adelsrechts ist, sondern der Richter nur den Tatbestand schafft, aus welchem, wie bei den sonstigen familienrechtlich erheblichen Tatsachen, nach dem von vornherein im Gesetz niedergelegten Willen des Königs der Adelsübergang folgt. Zu allen Einzelheiten der Urteilsbegründung kritisch Stellung zu nehmen, würde indes über den Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes hinausgehen. Nur das sei noch hervorgehoben, daß die Ausführungen des Urteils, die sich mit der Berechtigung des Strafrichters zur Prüfung der Gültigkeit von Polizeiverordnungen usw. beschäftigen, nicht das beweisen, was sie beweisen sollen. In allen den vom 2. Strafsenat des Kammergerichts gebrachten Beispielen handelt es sich materiell stets nur um die Frage, ob überhaupt Ausübung eines Hoheitsrechts vorliegt (was nicht der Fall ist, wenn die sachliche Kompetenz überschritten ist) — nicht um die hier entscheidende Frage, wie dieses an sich

Diesen Satz, der in dem Urteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts Königsberg, in den Aufsätzen des Heroldsamts und endlich in dem Aufsatz des Oberlandesgerichtsrats Thiele wiederkehrt, hat der 2. Strafsenat des Kammergerichts nicht beachtet. Er hat das materielle preußische Adelsrecht nicht erkannt, wenn er sagt,

„die Nichtanerkennung des Adelsbesitzes ändert in dem Adelsrecht nichts; sie läßt in dieser Beziehung alles beim alten, schafft daher auch nicht den äußeren Tatbestand des § 360[8] StGB., nämlich die mangelnde Befugnis zur Führung des angenommenen Adelsprädikats."[10])

Wegen der Verkennung des richtigen Ausgangspunktes für die Lösung der hier behandelten Frage hat der 2. Strafsenat des Kammergerichts sich offenbar auch nicht mit dem vor ihm vom Heroldsamt als Vergleichsfall der Adelsprüfung zur Erörterung gestellten Fall der Wahlprüfung eines Abgeordneten abzufinden gewußt. Denn das Urteil schweigt von ihm. In den Staaten mit parlamentarischer Vertretung des Volks haben die Mitglieder des Parlaments eine Rechtsentscheidung darüber zu treffen, ob die Wahl zum Mitglied des

---

bestehende Hoheitsrecht materiell ausgeübt ist —, und ferner nur um die Frage, ob die Ausübung in der für sie vorgeschriebenen Form erfolgt ist, oder endlich, ob der durch die einmalige Ausübung eines Staatshoheitsrechtes geschaffene Zustand noch besteht. Die vom 2. Strafsenat des KG. erwähnte Auslegung von Staatsverträgen schließlich steht, da der Inhalt der Staatsverträge als Rechtsnorm anzusehen ist, den Gesetzen gleich, und fällt damit selbstverständlich unter das Prüfungsrecht des Richters.

[10]) Das neue Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts stützt sich ausschließlich auf eine Auslegung des § 19 II 9 ALR. Dieses Gründen des Urteils auf eine einzelne Gesetzesvorschrift ohne Erforschung des das Rechtsinstitut beherrschenden Prinzips kann von vornherein nicht als eine genügende Gesetzesauslegung angesehen werden (s. oben). § 19 II 9 stützt aber auch nicht das Urteil, selbst wenn zugegeben wird, daß in ihm unter dem Ausdruck „Staat" jedes Staatsorgan verstanden werden kann. Der König kann selbstverständlich erklären, daß er, ohne dessen Willen grundsätzlich niemand ein Adelsrecht ausüben darf, sich binde, wenn 44 Jahre hindurch kein einziges Staatsorgan den Adelsgebrauch beanstandet habe, auch seinerseits den Adelsgebrauch weiter zu dulden. Aber auch unter dieser Voraussetzung bleibt der Titel für ein solches nach 44 Jahren gegenüber dem Staatsoberhaupt begründetes Besitzrecht doch immer nur der Wille des Königs. Das „ausdrückliche oder stillschweigende Anerkenntnis des Staats" dagegen, von dem der Text des § 19 spricht, ist lediglich eine der Voraussetzungen für den Willen des Königs, nach 44 Jahren den Adelsgebrauch nicht mehr zu beanstanden außer bei offensichtlichem Fehlen eines Adelsrechts. Es steht in engster Beziehung zu dem Ausdruck „ohne Widerspruch". Der Nichtwiderspruch kann sich „ausdrücklich" äußern, indem z. B. dem ein Adelsprädikat Gebrauchenden das gebrauchte Prädikat in der Anrede wiedergegeben wird, oder „stillschweigend" durch ein rein passives Verhalten. Darin liegt ein „Anerkenntnis", nämlich das Anerkenntnis des einzelnen Staatsorgans, nicht des Königs, der aus dem Besitze folgenden Befugnis, das Adelsprädikat zu gebrauchen. Durch ein solches Anerkenntnis wird aber das Adelsprüfungsrecht des Königs nicht beseitigt. Nirgends ist gesagt, daß sich der König einem solchen Anerkenntnis gegenüber seines Adelsprüfungsrechts begeben habe. Ebensowenig ist aber irgendwo gesagt, daß er sich des Rechts der Adelsprüfung begeben habe, wenn die Adelsführung 44 Jahre gedauert hat. Das Gesetz sagt vielmehr nur, daß dann für die tatsächliche Adelsführung die Vermutung eines Titels, die Vermutung der Rechtmäßigkeit, begründet werde. Darüber hinaus darf, zumal es sich um die Einschränkung von Hoheitsrechten handeln würde, auch nichts in das Gesetz hineingetragen werden.

Parlaments gültig ist oder nicht. Für Preußen spricht dies Art. 78 der Verfassungs-Urkunde aus (für das Reich siehe Art. 27 d. Reichs-Verf.) Trotzdem der Artikel dieses in der staatsrechtlichen Literatur schlechthin als ausschließliches behandelte Entscheidungsrecht der Kammern nicht als ein ausschließliches bezeichnet, wird von keinem Gericht, insbesondere nicht vom Strafrichter der Anspruch erhoben, die Entscheidung einer Kammer über die Gültigkeit der Wahl eines ihrer „Mitglieder" auf ihre sachliche Richtigkeit nachzuprüfen, wenn für die Feststellung eines bestimmten Tatbestandes in Frage kommt, ob eine Person dem Parlament angehört oder nicht. So wird kein Richter, wenn jemand unter der Behauptung „Mitglied" des Abgeordnetenhauses zu sein, sich zur Teilnahme an der Gesetzgebung in das Abgeordnetenhaus begäbe und wegen Ungehorsams gegenüber der Aufforderung, sich zu entfernen, gewaltsam entfernt würde, eine eigene Entscheidung darüber vornehmen, ob nicht entgegen der verneinenden Entscheidung des Hauses der Abgeordneten eine gültige Wahl vorliege, und auf Grund dieser eigenen Entscheidung den Tatbestand des § 105 StGB. feststellen, nach welchem der das „Mitglied" der gesetzgebenden Versammlung Entfernende mit Zuchthaus bestraft wird.

In beiden Fällen, der Prüfung des Adels sowohl wie der Prüfung der Mitgliedschaft der Kammer, steht auf der einen Seite ein Anspruch auf staatliche Organschaft (siehe Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, Arch. f. öffentl. Recht Bd. 23 S. 47 ff.), auf der anderen ein formal souveräner, weil keiner richterlichen Remedur unterworfener Wille. Weshalb nun eine verschiedene Behandlung des formal souveränen Willens des Königs und des formal souveränen Willens der Volksvertretung? Das materielle Recht verlangt die gleiche Behandlung: kein Recht zur Ausübung eines Abgeordnetenmandates, keine Mitgliedschaft in der verfassungsmäßigen Vertretung des Volkes, wenn diese ein solches Recht, eine solche Mitgliedschaft nicht anerkennt — kein Recht zur Ausübung eines Adelsrechts, keine Mitgliedschaft im Adelsstand, wenn der König ein solches Recht, eine solche Mitgliedschaft nicht anerkennt.

Würde es von der Grundlage aus, daß die Antwort auf die hier aufgeworfene Frage nicht im formellen Recht zu suchen ist, schon an und für sich nicht von Bedeutung sein, wenn der Ansicht des 2. Strafsenats des Kammergerichts, wie es in seinem Urteil heißt, Olshausen und Frank in ihren neuesten Kommentaren zum StGB. beigetreten und wenn auch Oppenhoff-Delius und Bornhak derselben Meinung wären, so bleibt eine Untersuchung, mit welchem Recht der Senat gerade diese 3 Kommentatoren des Reichsstrafgesetzbuchs und diesen preußischen Staatsrechtslehrer für seine Ansicht anruft und wie deren Zeugnis zu bewerten ist, doch nicht ohne Interesse.

Bornhak sieht es offenbar als selbstverständlich an, daß der „Richter" über das Bestehen eines Adelsrechts zu entscheiden hat. Denn er begründet diese Ansicht in keiner Weise. Schon der Mangel einer solchen Begründung nimmt aber seinem Zeugnis jede Bedeutung. Überdies ist aber darauf hinzuweisen, daß der vom Senat angezogene erste Band von Bornhaks preußischem Staatsrecht vor nunmehr fast 22 Jahren — 1888 — erschienen ist, sodaß Bornhak die Streitfrage garnicht hat kennen können.

Auch Oppenhoff-Delius spricht sich zwar für die richterliche Kompetenz aus, aber auch in seinem Kommentar wird diese Ansicht nicht näher begründet. Die letzte, 14. Ausgabe, dieses Kommentars ist schon 1901 erschienen, auch in ihm hat daher die erst in den letzten vier Jahren öffentlich erörterte Frage keine nähere Berücksichtigung finden können.

Franks neuester Kommentar datiert von 1908. Er sagt:

„Die Entscheidung der Frage, ob der Täter dem Adel angehört, also das Adelsprädikat mit Recht führt, nehmen in der Praxis zutreffend die Gerichte in Anspruch. Dagegen behauptet in Preußen das Heroldsamt als Organ des Königs seine ausschließliche Zuständigkeit. (Verw. Arch. 14, 377 ff.; Arch. f. öffentl. Recht 22, 1 ff.)".

Dies Zitat zeigt, daß der in Rede stehende Kompetenzstreit ihm nur in seinen ersten Stadien bekannt war; noch nicht einmal das erste Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts ist bei ihm erwähnt.

Gänzlich verfehlt ist die Berufung des 2. Strafsenats des Kammergerichts auf Olshausen. Im Olshausenschen Kommentar zu § 360[8] StGB. (2. Bd.) heißt es:

„In Pr. hat über die unbefugte Annahme eines Adelsprädikates der Strafrichter selbständig zu entscheiden, ohne an die Entscheidung der Adelsbehörde (des Heroldsamts) gebunden zu sein; Berlin KG. II 19. Nov. 07, 30. Juni 08, J. 36, C. 105, 117".

Es mußte sofort auffallen, daß in diesem Kommentar des ehemaligen Oberreichsanwalts und jetzigen Senatspräsidenten am Reichsgericht, der sich nach der Fassung dieser Note in seinem Kommentar anscheinend einer eigenen Stellungnahme hat enthalten wollen, das Urteil des 2. Strafsenats des Reichsgerichts vom 19. November 1909 nicht erwähnt ist. Daraus war der Schluß zu ziehen, daß dem Verfasser bei Drucklegung seines Kommentars dieses Reichsgerichtsurteil noch nicht bekannt war, um so mehr, als das Nachwort zum 2. Bande des Kommentars vom 21. Dezember 1909 datiert. Die Richtigkeit dieses Schlusses ergibt eine Auskunft, die Olshausen dem Heroldsamt auf dessen Anfrage dahin erteilt hat:

es sei richtig, daß, als der Bogen der 8. Auflage seines Kommentars zum Strafgesetzbuch gedruckt wurde, ihm das Urteil des 2. Strafsenats des Reichsgerichts noch nicht bekannt gewesen sei.

Gleichzeitig hat er dem Heroldsamt mitgeteilt,

daß der dritte Strafsenat des Reichsgerichts, dem er, Olshausen, vorsitze, vor einigen Wochen Veranlassung gehabt habe, sich in einer ein Landessteuergesetz betreffenden Revisionssache mit dem erwähnten Urteil des 2. Strafsenats zu beschäftigen und zu demselben beitretend Stellung zu nehmen.

Dieses, am 25. April 1910 unter dem Vorsitz Olshausens ergangene, zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des dritten Strafsenats des Reichsgerichts — 3 D. $\frac{1103/1909}{X\ 1230}$ lautet in der Begründung:

„Der Angeklagte ist wegen Vergehens gegen das Braunschweigische Gesetz betreffend die Besteuerung des Wanderlagerbetriebes vom 7. Juni 1890 (Gesetz- und Verordnungssammlung von 1890 Nr. 23 Seite 87 ff.) verurteilt auf Grund der Feststellung, daß er ein nach § 1 das. steuerpflichtiges Geschäft begonnen hat, ohne davon der Gemeindebehörde die erforderliche Anzeige zu erstatten und den gesetzlich be-

stimmten Steuerbetrag zu entrichten. Einer selbständigen Prüfung des Merkmals des Wanderlagerbetriebes hat sich das Gericht nicht unterzogen, sondern sich in dieser Beziehung mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 11 des Gesetzes an die Entscheidung der Kreisdirektion zu Braunschweig für gebunden erachtet. Diese Vorschrift lautet:

„Die Untersuchung und Bestrafung der durch dieses Gesetz mit Strafe bedrohten Handlungen und Unterlassungen gehört zur Zuständigkeit der Gerichte.

Die Gerichte sind an die nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 von den Herzoglichen Kreisdirektionen oder in der Beschwerdeinstanz von dem Herzoglichen Staatsministerium abgegebenen Entscheidungen gebunden."

Die Revision macht geltend, daß durch die Anwendung dieser Vorschrift, die sie für rechtsunwirksam erachte, die §§ 260, 261, 263 der Strafprozeßordnung verletzt seien.

In Übereinstimmung mit dem Oberreichsanwalt ist der Revision stattgegeben worden.

Die Frage nach dem Verhältnis der §§ 260, 261 der Strafprozeßordnung zu der erwähnten landesgesetzlichen Vorschrift gelangt erst zur Bedeutung, wenn die prozeßrechtliche Natur dieser Vorschrift feststeht. Für diesen Fall bedarf es einer Untersuchung, ob eine unzulässige Durchbrechung reichsprozeßrechtlicher Normen durch Landesprozeßrecht vorliegt. Gehört dagegen die Vorschrift dem Gebiete des materiellen Rechts an, so ist diese Frage gegenstandslos. Ein Zwiespalt mit Normen der Strafprozeßordnung ist alsdann ausgeschlossen; denn keine dieser Normen steht der Anwendung materiellrechtlicher Vorschriften des Landesrechts entgegen. Die Beweisaufnahme des Strafrichters hat sich dann auf die Tatsache des Erlasses dieser Entscheidung zu beschränken, und wenn er sie nach Feststellung dieser Tatsache dem Strafurteil zu Grunde legt, so verwertet er kein Beweisergebnis, sondern wendet einen Satz des materiellen Rechts an. Wenn also die materiellrechtliche Wirkung der Entscheidung der Kreisdirektion nach dem hierfür maßgebenden Landesrecht eine derartige Ausgestaltung erfahren hat, daß sie für die Feststellung der tatbestandlichen Merkmale des Hinterziehungsdelikts kraft dieser Rechtswirkung von Bedeutung ist, so kann von einem Eingriff des Landesrechts in das Reichsprozeßrecht nicht die Rede sein. Dieser Fall wäre gegeben, wenn dem Erlasse der die Steuerpflicht aussprechenden Entscheidung die Eigenschaft beigelegt wäre, den Begriff des steuerpflichtigen Betriebes zur Erfüllung und somit den Steueranspruch des Staats zur Entstehung zu bringen. Der Strafrichter würde dann diese rechtsbegründende Eigenschaft, auch wenn es ihm nicht durch das Gesetz besonders zur Pflicht gemacht wäre, zu berücksichtigen und die Rechtsfolgen der Entscheidung nach dem einschlägigen materiellen Recht zu prüfen haben. Den Gegensatz bildet der Fall, wo das Bestehen eines durch Rechtssatz begründeten Rechtsverhältnisses im geordneten Streitverfahren oder zur Durchführung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs festgestellt wird. Wenn wie in diesem Falle eine in das Gebiet des Strafrechts übergreifende materiellrechtliche Wirkung der Entscheidung in ihrem inneren Wesen nicht begründet ist, so kann sie ihr auch durch den gesetzlichen Ausspruch ihrer den Strafrichter bindenden Kraft nicht verliehen werden, der ihre unmittelbare in ihr selbst liegende Rechtswirkung unberührt läßt, und ihr eine äußerliche, zu ihr hinzutretende Eigenschaft beilegt. Ein solcher Ausspruch würde seine Wirksamkeit höchstens auf prozeßrechtlichem Gebiet äußern können. Diese Unterscheidung, die in den Motiven zu § 261 der Strafprozeßordnung wenigstens in Bezug auf die Wirksamkeit zivilrechtlicher Entscheidungen im Strafverfahren zum Ausdruck kommt (Seite 188, 189), und bereits dem im Band 18 Seite 436 abgedruckten Urteil des Reichsgerichts zugrunde liegt, bildet auch den Kernpunkt des neuerdings erlassenen Urteils des zweiten Strafsenats, das der Entscheidung des Heroldsamts in Adelssachen eine den Strafrichter bindende Wirkung beilegt. (Entscheidungen Band 43, Seite 33). Das Urteil, das die Entscheidung dieser Behörde kraft der ihr übertragenen Ausübung des Staatshoheitsrechts als geeignet ansieht, ein subjektives öffentliches Recht zu begründen, und sodann den Beweis von Tatsachen gemäß § 260 der Straf-

prozeßordnung der Erörterung von Rechtsfragen gegenüberstellt, gipfelt in dem Ausspruch, daß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung des Strafrichters seine Grenze findet in der materiellrechtlichen aus Reichs- oder Landesrecht folgenden Wirkung der Entscheidungen nichtrichterlicher Behörden. Zweifellos ist übrigens diese Einschränkung nur eine scheinbare, da die Pflicht des Strafrichters zur Berücksichtigung der materiellrechtlichen Wirkung einer verwaltungsrechtlichen Entscheidung mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nichts zu tun hat. Es würde nach alledem, wenn der die Steuerpflicht des Angeklagten aussprechende Bescheid der Kreisdirektion vermöge einer ihm innewohnenden rechtsbegründenden Wirkung im Strafverfahren Berücksichtigung finden müßte, der Revisionsbeschwerde der Boden entzogen werden. Diese Voraussetzung wird aber durch den Wortlaut des § 11 des Braunschweigischen Gesetzes und seinen Zusammenhang mit dessen übrigen Bestimmungen widerlegt. Der Begriff des Wanderlagerbetriebes wird nach § 1 Abs. 1 erfüllt, wenn jemand außerhalb seines Wohnorts und ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung ein Warenlager von einer festen Verkaufsstelle aus feilbietet. Durch diesen Tatbestand wird der Steueranspruch des Staats begründet. Wer ihm zuwiderhandelt, verfällt nach §§ 6, 7 in Strafe, ohne daß hierzu eine Entscheidung der Kreisdirektion erforderlich ist. Erst wenn Zweifel entstehen, ob die Begründung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung eine bloße zur Verdeckung des Wanderlagerbetriebes dienende Förmlichkeit ist, soll nach § 1 Abs. 2 die Kreisdirektion diese Zweifel durch ihre Entscheidung lösen unter Berücksichtigung der aus den begleitenden Umständen erkennbaren Absicht. Es spricht sich hierin mit voller Klarheit die Natur der Entscheidung als der Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, nämlich der durch die Eröffnung des Wanderlagerbetriebes begründeten Steuerpflicht zum Zwecke der Durchführung des staatlichen Steueranspruchs aus. Irgendeine rechtsbegründende Wirkung ist ihr nicht beigelegt; sie soll im Gegenteil nur tatsächliche Zweifel beseitigen und aus den begleitenden Umständen die Willensmeinung des Gewerbtreibenden ermitteln. Sie beruht daher auf dem Ergebnis der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, und dieses Beweisergebnis bezeichnet § 11 als für den Strafrichter bindend. Nach ihrem Wortlaut will diese Vorschrift die Überzeugung des Strafrichters ‚binden', und zwar hinsichtlich des Beweises tatsächlicher Verhältnisse. Sie enthält daher eine reine Beweisregel, an ihrer prozeßrechtlichen Natur kann kein Zweifel obwalten. Handelt es sich hiernach um eine landesrechtliche Prozeßvorschrift — anders wie beispielsweise bei den dem materiellen Strafrecht angehörigen Bestimmungen in § 28 des Preußischen Hausiersteuergesetzes vom 3. Juli 1876, auf den in § 10 des Preußischen Gesetzes über die Wanderlagersteuer vom 27. Februar 1880 verwiesen ist, und in §§ 24, 73 Abs. 5 des Preußischen Gewerbesteuergesetzes vom 24. Juli 1891 —, so kommt das Verhältnis dieser Vorschrift zu § 260 der Strafprozeßordnung in Frage. Sie durchbricht zweifellos den hier aufgestellten Grundsatz, der den Strafrichter von der Herrschaft aller seine freie Überzeugung einengenden Beweisregeln befreit und ihm die selbständige und unabhängige Prüfung aller Voraussetzungen der Strafbarkeit überträgt, mögen sie auch einem anderen als dem eigentlichen strafrechtlichen Gebiete angehören. Es besteht kein Zweifel, daß diese freie richterliche Beweiswürdigung sich auch auf Fragen des öffentlichen Rechts erstreckt, die für die Entscheidung des Strafrichters maßgebend sind. Das Gegenteil folgt nicht daraus, daß § 261 nur von bürgerlichen Rechtsverhältnissen spricht; denn diese Vorschrift, deren Schwerpunkt im Abs. 2 liegt, enthält nur einen einzelnen Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes des § 260, der das Recht und die Pflicht des Strafrichters begründet, die einschlagenden Fragen des öffentlichen Rechts seiner selbstständigen, von abweichenden Entscheidungen der Verwaltungsbehörden unabhängigen Beurteilung zu unterziehen. In dieser Beziehung hat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts niemals ein Zweifel obgewaltet (Bd. 8 S. 224, Bd. 12 S. 1, Bd. 17 S. 21, Bd. 18 S. 236, Bd. 20 S. 321, Bd. 32 S. 106 und 330, Bd. 39 S. 62). Die Eigenart der vorliegenden Strafsache begründet nicht die Befugnis der Landesgesetzgebung, in das für sie maßgebende Reichsprozeßrecht abändernd einzugreifen . . . ."

Das materielle Adelsrecht des ALR. wird, wie oben dargelegt ist und der zweite Strafsenat des Reichsgerichts ausdrücklich ausspricht, von dem Grundgedanken beherrscht, daß das Recht auf den Adel und seine Ausübung die Anerkennung des Königs voraussetzt. Damit wird die materiell rechtliche Wirkung der Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs für die Feststellung der tatbestandlichen Merkmale der Straftat der Adelsanmaßung von Bedeutung. Darin stimmen der 2. und 3. Strafsenat des Reichsgerichts überein. [11])

Das Heroldsamt darf erwarten, daß die durch den Spruch des Strafsenats des Oberlandesgerichts Königsberg vom 9. April 1908 und des zweiten Strafsenats des Reichsgerichts vom 19. November 1909 festbegründete, seitdem von den weiter zum Spruche gekommenen 3 preußischen Oberlandesgerichten Breslau, Marienwerder, Hamm und den Instanzgerichten befolgte Rechtsprechung, die für den Geltungsbereich des preußischen im Allgemeinen Landrecht kodifizierten Adelsrechts den Strafrichter an die vom König von Preußen — oder dem Heroldsamt als seinem Delegaten — gegebene materielle Entscheidung über die Befugnis zur Führung eines Adelsprädikats bindet, nicht dauernd durch die Stellungnahme eines einzelnen Strafsenats durchbrochen werden wird und damit auf dem Gebiete des Adelsrechts eine so bedauerliche Partikularisierung der Rechtsprechung eintreten wird, wie sie Wach in seinem Vortrag vom 20. April 1910 über die Entlastung des Reichsgerichts (Rhein. Ztschr. f. Ziv. und Prozeßrecht 1910 S. 287 ff.) bei dem Fehlen eines obersten Richters allgemein besorgt (a. a. O. S. 298).

Möge sich vielmehr auch für die Beurteilung des preußischen Adelsrechts und der in ihm begründeten Rechte des Königs — denn um diese handelt es sich bei dem Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts, nicht um das Heroldsamt, dessen staatsrechtliche Stellung zu

---

[11]) Vergl. dazu auch das Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts in der Strafsache gegen den früheren Oberst Gädke, Schluß des vorletzten Absatzes (Johow, Jahrb. Bd. 36 C 133). Dem 2. Strafsenat des Reichsgerichts ist auch soeben ein Zivilgericht, das Königliche Landgericht I in Berlin in einem Urteil vom 11. Mai 1910 — 29. 0. 151. 10 — in überzeugender Begründung gefolgt. Dieses Urteil ist deshalb besonders interessant, weil es zeigt, welche Rechtsanschauungen auf staatsrechtlichem Gebiet Vertretung finden. Es handelte sich um die Klage zweier Personen, hinsichtlich deren das Heroldsamt entschieden hatte, sie seien zur Führung des Adelsprädikats „von" oder „de" nicht berechtigt. Die Klage richtete sich gegen 3 von den 5 Mitgliedern des Heroldsamts mit dem Antrage:

> Den Beklagten bei Vermeidung einer vom Gericht festzusetzenden Strafe zu verbieten, die Kläger in der Führung des Namens „von" B. zu stören.

Nicht mitbeklagt waren die an dieser Entscheidung des Heroldsamts beteiligten 2 Mitglieder desselben, die zugleich Mitglieder von Staatsministerien sind. Begründet war die Klage damit, das Heroldsamt sei keine Staatsbehörde, die an der Entscheidung beteiligten Mitglieder desselben könnten daher nur persönlich in Anspruch genommen werden. Den Antrag der Kläger auf Erlaß des Versäumnisurteils gegen die Beklagten hat das Gericht denn auch ohne weiteres mit der Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges beantwortet.



erörtern der Senat ausdrücklich absieht[12]) — das Wort Wach's für Preußen erfüllen:

„ein Reich, ein Recht, ein Richter!"

---

[12]) Der Vorsitzende des Senats erkennt selbst schon in seiner Veröffentlichung in der DJZ. 1908 Sp. 67 das Heroldsamt als die preußische Adelsbehörde an. Auf die tendenziösen und irrigen Ausführungen des soeben, nach Abschluß des obigen Aufsatzes von dem Amtsgerichtsrat Hein in Nr. 13 der DJZ. 1910 Sp. 753 ff. veröffentlichten zweiten Artikels „Der Machtbereich des Preußischen Herolds-Amts" öffentlich näher einzugehen, hat das Heroldsamt bei seiner Anerkennung als alleiniger preußischer Adelsbehörde, der in Adelsrechtssachen ein Entscheidungsrecht zusteht, in der höchstrichterlichen Judikatur — wie noch jüngst in dem Urteil des 2. Strafsenats des Reichsgerichts vom 19. November 1909 — und namentlich bei der eingehenden und überzeugenden Begründung dieses Standpunktes in dem Beschluß des Zivilsenats 1a des Kammergerichts vom 21. Mai 1908, der auch alle sonstigen Anzweifelungen des Amtsgerichtsrats Hein an Hand einer historischen Darstellung der Errichtung des Heroldsamts schlägt, keinen Anlaß. Nur das sei festgestellt, daß der Artikel auch von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn er, von einem etwa zehnjährigen Streit sprechend, im Anschluß an die Bemerkung:

das Heroldsamt spreche mehrfach von einem Kompetenzstreit zwischen König und Gerichten,

sagt: „tatsächlich hat aber in keinem Falle eine Entscheidung des Königs vorgelegen, stets hat es sich um Aussprüche nur des Heroldsamts gehandelt." Abgesehen hiervon beruht die Verneinung, daß es sich um Rechte des Königs handelt, für die Fälle, in denen eine Rechtsentscheidung nur des Heroldsamts vorliegt, auf Nichterkenntnis des Begriffs der staatsrechtlichen Delegation.

Intern ist die in dem Artikel aufgeworfene innere Ressortfrage längst geklärt. Die in derselben Nummer der DJZ. Sp. 743 enthaltenen Ausführungen des Justizrats Heinitz finden bereits mit dem vorliegenden Aufsatz ihre Erledigung. Aus denselben Gründen wie dieser Aufsatz tritt ein soeben erschienener Artikel „Adelsstreit in Preußen" des Staatsanwalts Dr. Bagel — s. „Das Recht", XIV. Jhrg. Nr. 13 Sp. 475 f. — dem Urteil des 2. Strafsenats des Kammergerichts vom 27. Mai 1910 als unrichtig entgegen.

Interessant ist auch festzustellen, daß der in derselben Nummer des „Recht" Sp. 484 veröffentlichten Mitteilung „Aus der Rechtsprechung":

„Adel. Die ordentlichen Gerichte sind an die Entscheidung des preußischen Heroldamtes nicht gebunden. KG., II. StS., 27. Mai 10. 2 S 145/10.)"

in Fettdruck nachgesetzt ist:

„Das RG. (Urteil v. 19. November 09, „Recht" 1910. S. 27) ist entgegengesetzter Meinung.'

Da die Rubrik „Landesrecht. A. Preußen," unter der diese Notiz mit diesem durch den Druck hervorgehobenen Nachsatz aufgenommen ist, unter der Leitung Delius steht, erscheint auch die Berufung des 2. Strafsenats des Kammergerichts für die Richtigkeit seiner Ansicht auf den (1901 erschienenen) Kommentar zum Strafgesetzbuch von Oppenhoff-Delius gegenwärtig nicht mehr berechtigt.



Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

StPO. § 274. Bestätigt eine nachträgliche Erklärung der Urkundspersonen die Revisionsrüge, so ist der berichtigende Vermerk, wenn er denselben Prozeßvorgang betrifft, auch insoweit zu verwerten, als er zu Ungunsten des Revidenten lautet.

V. StrS. U. v. 4. Februar 1910 g. B. 5 D 1106/09.

Aus den Gründen: Die Revision rügt Verletzung der Strafprozeßordnung. Sie behauptet in dieser Beziehung, daß das Gericht, nachdem es zur Beratung abgetreten war und der Vertreter der Staatsanwaltschaft sich entfernt hatte, den Zeugen M. nochmals vernommen habe und zwar in Abwesenheit des Vertreters der Staatsanwaltschaft und daß dann sofort nach Rückkehr des letzteren bei Beendigung der Vernehmung, ohne daß dem Angeklagten zuvor „das letzte Wort“ erteilt worden, das Urteil verkündet sei unter Mitverwertung der nachträglichen Vernehmung in den Gründen. Das Sitzungsprotokoll enthielt über die in der Revision behaupteten Vorgänge zunächst nichts; nach demselben hat die Hauptverhandlung in ihrem ganzen Verlaufe in Gegenwart der Staatsanwaltschaft stattgefunden. Der zunächst von dem Angeklagten gestellte Antrag auf Berichtigung des Sitzungsprotokolls dahin, daß die nachträgliche Vernehmung des Zeugen in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft stattgefunden habe, wurde von dem Vorsitzenden der Strafkammer mit der Begründung abgelehnt, daß nach seiner bestimmten Erinnerung und nach der Erklärung des Gerichtsschreibers „in der Sache in ständiger Anwesenheit“ des Vertreters der Staatsanwaltschaft verhandelt sei. Auf einen weiteren Berichtigungsantrag dahin, daß der Zeuge noch einmal vorgerufen sei, wurde nach Eingang der Revisionsbegründung das Protokoll durch den Zusatz berichtigt: „Das Gericht zog sich zur Beratung zurück; nach Wiedereintritt in den Sitzungssaal wurde der Beschluß verkündet: ‚Zwecks nochmaliger Vernehmung des Zeugen M. soll die Verhandlung wieder eröffnet werden.‘ Daraufhin wurde der Zeuge nochmals vernommen und nach dessen Vernehmung den Prozeßbeteiligten Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Das Gericht zog sich alsdann wieder zur Beratung zurück. Bei Wiedereintritt in den Sitzungssaal wurde das Urteil“ — verkündet. Da diese nachträgliche Berichtigung gegenüber der ursprünglichen Fassung des Sitzungsprotokolls eine Ergänzung des letzteren zu Gunsten des Revidenten enthält, so kommt ihr die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls zu. (Entsch. **21** 323, **28** 247 (250) **43** 1 ff.).

Es kann sich fragen, ob dies für den Vermerk in seinem ganzen Umfange zutrifft, oder ob nur ein Teil als zu Gunsten, ein anderer als zu Ungunsten des Beschwerdeführers lautend zu verstehen ist. Eine solche verschiedene Bewertung erscheint nicht angezeigt, weil es sich nur um einen einzigen prozessualen Vorgang — die Wiedereröffnung der Beweisaufnahme — handelt, der durch die nachträgliche Erklärung der Gerichtspersonen seine Bestätigung gefunden hat.

Danach wird die Behauptung des Angeklagten, daß die nachträgliche Vernehmung des Zeugen in Abwesenheit des Vertreters der Staatsanwaltschaft stattgefunden habe und nach Abschluß dieser Vernehmung den Prozeßbeteiligten nicht von neuem das Wort erteilt worden sei — in diesem Sinne ist die Rüge, Angeklagter habe nicht das letzte Wort gehabt, nur aufzufassen — durch das zulässig ergänzte Sitzungsprotokoll widerlegt.

StGB. § 163. Enthält ein Schriftstück eine — objektiv unrichtige — eidesstattliche Versicherung, so kann eine Fahrlässigkeit auch darin zu finden sein, daß der Aussteller von dem Inhalt keine Kenntnis genommen und trotzdem unterschrieben hat. Letzterem Fall steht der gleich, wenn der Täter seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier setzt und dieses einem Dritten mit der Anweisung aushändigt, eine eidesstattliche Versicherung mit bestimmtem von ihm angegebenem Inhalt darüber zu schreiben, die tatsächlich abgegebene Erklärung dann aber sich mit dem angegebenen Inhalt nicht deckt, objektiv unrichtig ist.

II. StrS. U. v. 4. Februar 1910 g. B. 2 D 1052/09. (vgl. U. II v. 12. Februar 1907 g. U. 2 D 1066/06. Goltd. **54** 295.)

Aus den Gründen: Die Revision macht zunächst geltend, „daß die von dem Angeklagten in blanco unterschriebene eidesstattliche Versicherung nicht den von ihm gewollten Inhalt bekommen habe", m. a. W. daß der unwahre Inhalt, den diese Versicherung tatsächlich aufweist, vom Angeklagten nicht gewollt sei. Das ist nach den Feststellungen im 1. Urteil zutreffend; es folgt daraus aber nur, daß der Angeklagte nicht wegen wissentlich falscher Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verurteilt werden konnte, eine Folgerung, die der Vorderrichter auch gezogen hat. Nicht beizutreten ist dagegen der Rechtsansicht des Verteidigers, wonach die Strafe aus § 163 StGB. in Verb. mit § 156 das. nur verwirkt sein soll, wenn der vom Täter gewollte Inhalt der eidesstattlichen Versicherung „fahrlässig falsch" ist, d. h. wenn der Erklärende die Versicherung so, wie sie lautet, auch abgeben wollte und dabei ihre tatsächliche Unrichtigkeit fahrlässigerweise nicht erkannt hat. Wer ein Schriftstück mit seinem Namen unterzeichnet, gibt nach außen hin die darin enthaltene Erklärung ab, auch wenn er deren Inhalt nicht kennt und in Wahrheit eine Erklärung solchen Inhalts nicht hat abgeben wollen. Enthält das Schriftstück eine — objektiv unrichtige — eidesstattliche Versicherung, so kann eine Fahrlässigkeit des Ausstellers darin zu finden sein, daß er die Unrichtigkeit des ihm bekannten und von ihm gewollten Inhalts nicht erkannt hat; aber ebensowohl auch darin, daß er von dem Inhalte keine Kenntnis nimmt und trotzdem die Erklärung unterschreibt.

Hier hat nun zwar der Angeklagte nicht eigentlich eine Erklärung unterschrieben, sondern seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier gesetzt, das er dem Bureauvorsteher L. mit der Anweisung aushändigte, eine eidesstattliche Versicherung bestimmten von ihm angegebenen Inhalts darüber zu schreiben, und dieser Inhalt deckte sich nicht mit dem — objektiv unrichtigen — Inhalte der von L. demnächst tatsächlich über die Namensschrift des Angeklagten gesetzten Erklärung. Aber auch bei dieser Sachlage ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn die Strafkammer das so entstandene Schriftstück als eine vom Angeklagten abgegebene eidesstattliche Versicherung angesehen und ihm deren Unrichtigkeit aus dem Gesichtspunkte einer nach § 163 strafbaren Fahrlässigkeit zugerechnet hat. Denn der Angeklagte hat durch seine Handlungsweise herbeigeführt — und herbeiführen wollen —, daß eine mit seiner echten Namensschrift unter dem Text versehene, als von ihm unterschrieben und damit von ihm herrührend sich darstellende eidesstattliche Versicherung über die Eigentumsverhältnisse an bei ihm gepfändeten Sachen zustande kam und dem Prozeßgericht überreicht wurde. Wie es nicht zweifelhaft sein könnte, daß er damit die Versicherung vor der zuständigen Behörde abgegeben haben würde, wenn deren Inhalt in allen Einzelheiten mit den von ihm zwecks Ausfüllung des Blanketts mündlich gemachten Angaben übereingestimmt hätte, so ist hier der Angeklagte darum nicht weniger Urheber der von ihm veranlaßten und zum voraus unterzeichneten Erklärung, weil dies inhaltlich mehr oder weniger von den erteilten Anweisungen abweicht. Auch in einem solchen Falle handelt es sich um ein echtes Schriftstück, für dessen Inhalt der Aussteller strafrechtlich in gleichem Maße verantwortlich ist, wie wenn jemand eine ihm bereits vorliegende schriftliche Erklärung, die er in Wahrheit nicht so, wie sie lautet, abgeben will, unterschreibt ohne sie gelesen zu haben (Entsch. **21** 198 [199], **34** 298 [299]). Dem entspricht es, wenn der Angeklagte in dem Widerruf vom 12. Dezember 1908 die in Rede stehende eidesstattliche Versicherung als „von ihm bei einem Rechtsanwalt abgegeben und von diesem dem Amtsgericht überreicht" bezeichnet und wenn er in der Hauptverhandlung vor der Strafkammer erklärt hat: die von ihm abgegebene Erklärung sei zwar falsch gewesen, er habe sie aber in blanco und nicht wissentlich falsch abgegeben.

Hiernach und da auch sonst eine Verletzung von Normen des materiellen Rechtes in dem angefochtenen Urteil nicht zutage tritt, war die Revision zu verwerfen.

StGB. §§ 47, 284, 286 Abs. 2. Zur Frage der Mittäterschaft zwischen dem Wirte und dem den Spielautomaten im Gastlokal aufstellenden Automatenbesitzer.

I. StrS. U. v. 7. Februar 1910 g. S. u. Gen. 1 D 1033/09.

Aus den Gründen: Die Feststellung, daß die Angeklagten M., K.

und R. gemeinschaftlich mit A. das Spiel auf den Automaten betrieben hätten, beruht auf Verkennung des Begriffs der Mittäterschaft. A. hatte seine Automaten bei den genannten Personen zur Benutzung für das in deren Wirtschaften verkehrende Publikum aufgestellt. Er allein vereinnahmte die Einsätze, ihm allein fiel der Gewinn zu. Nur insoweit bot die Aufstellung der Automaten für die anderen Angeklagten Vorteil, als die Marken, die von dem Automaten an den gewinnenden Spieler ausgegeben wurden, nur in ihren Wirtschaften verausgabt werden konnten. Sie zogen also durch Absatz von Waren Nutzen, wenn ein Spieler gewann und die Marke verwertete. Gespielt haben sie aber nicht; von dem Ausgang des Spiels wurden sie nicht unmittelbar betroffen, wie es bei A. der Fall war. Das Urteil erkennt ausdrücklich an, daß die Angeklagten „kein Risiko" hatten. Ihr Interesse an dem Spielbetrieb innerhalb ihrer Wirtschaftsräume macht sie nicht zu Spielern; soweit sie am Ausgang des einzelnen Spiels überhaupt interessiert waren, deckte sich ihr Interesse nicht mit dem des vermeintlichen Mittäters A.; während dieser bei dem Spiel auf den Verlust des Einsatzes rechnete, den der Spieler in den Automaten einzulegen hatte, zogen die Angeklagten umgekehrt nur dann Vorteil, wenn der Benutzer des Automaten Gewinn erzielte und diesen bei ihnen in Waren umsetzte. Jedenfalls ging das Spiel *nicht* auf ihre Rechnung; die Zufallsentscheidung hatte nur zwischen A. und den Benutzern der Automaten Bedeutung, nicht ihnen gegenüber; ihr Gewinn entsprang nicht dem eigenen Spiel, sondern Rechtsgeschäften, die sie im Zusammenhang mit der Duldung oder Förderung *fremden* Spiels vornahmen, die aber keineswegs einen Bestandteil dieses Spiels bildeten. Deshalb haben die Angeklagten nicht selbst gespielt, namentlich nicht gewerbsmäßig gespielt, und sie haben auch die als Gewerbe ausgeübte Spieltätigkeit des A. nicht zu vertreten. (Entsch. **14** 28). . . . (Im weiteren Verlauf der Gründe des die Vorentscheidung aufhebenden Urteils folgt die Ausführung, daß bei der erneuten Verhandlung der Vorderrichter zu prüfen haben werde, ob die Angeklagten etwa als Gehilfen des A. verantwortlich zu machen seien.)

StGB. § 73. Wird in dem eine fortgesetzte Übertretung darstellenden schuldhaften Verhalten die Ursache eines Fahrlässigkeitsvergehens erblickt, so ist es rechtlich unmöglich, neben dem Fahrlässigkeitsvergehen eine damit in Realkonkurrenz stehende Übertretung auch nur insoweit anzunehmen, als jenes schuldhafte Verhalten auch nach dem Vergehen sich noch fortgesetzt hat.

V. StrS. U. v. 15. Februar 1910 g. G. 5 D 1250/09.

Aus den Gründen: Das Gericht nimmt an, daß sich der Angeklagte *dreier* selbständiger Straftaten schuldig gemacht habe, nämlich zweier in Realkonkurrenz zu einander stehenden Fahrlässigkeitsdelikte (einer fahrlässigen Tötung und einer fahrlässigen Körperverletzung) und einer fortgesetzten Übertretung der Regierungspolizeiverordnung vom 12. September 1904. Das ist im vorliegenden Falle deswegen rechtlich unmöglich, weil nach den weiteren Feststellungen des Gerichts das schuldhafte Verhalten des Angekagten, in dem die Ursache des Todes und der Körperverletzung der beiden Verletzten gefunden worden ist, gleichzeitig Bestandteil der *fortgesetzten* Übertretung der Polizeiverordnung ist. Infolgedessen können die beiden Vergehen unmöglich insoweit in Realkonkurrenz zu der Übertretung stehen, da es sich demnach nicht um verschiedene, sondern um dieselben Handlungen handelt. Insoweit etwa aus dem Urteile des III. Strafsenates vom 1. März 1882 (Entsch. **6** 132) eine andere Rechtsauffassung entnommen werden könnte, so ist darauf hinzuweisen, daß der genannte Senat sein Urteil inzwischen zurückgenommen hat (vgl. Entsch. 42 203). Diese Unmöglichkeit, eine Realkonkurrenz zwischen den genannten Tatbeständen insoweit anzunehmen, hat der Instanzrichter offenbar auch nicht verkannt, da er erklärt, von der fortgesetzten Übertretung nur denjenigen Teil der gesonderten Bestrafung zu unterwerfen, der zeitlich nach dem dem zweiten Fahrlässigkeitsdelikte zugrunde liegenden Vorgang fällt. Allein dabei hat das Instanzgericht übersehen, daß es sich damit in einen unlösbaren Widerspruch mit sich selbst setzt. Denn bildete das ganze Verhalten des Angeklagten, soweit es gegen die gedachte Polizeiverordnung verstieß, die juristische Einheit eines und desselben fortgesetzten Deliktes, so ist es begrifflich unmöglich, trotzdem das Ende dieses fortgesetzten Deliktes vom Ganzen abzutrennen und es als selbständige Handlung gegenüber dem Ganzen anzusehen. Vielmehr war, da unter den ob-



waltenden Umständen die Annahme einer fortgesetzten Übertretung an sich jedenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist, kein Raum mehr für eine gegenüber den beiden Fahrlässigkeitsdelikten selbständige Handlung, weil diese mit der als Einheit gedachten Übertretung zusammen fielen.

StGB. §§ 274, 303. a) Vermietungsplakate mit der Aufschrift: „zu vermieten durch Firma N. N." sind, wenn sie ihrer Zweckbestimmung gemäß von der Eigentümerin zu dem konkreten Mietobjekt in die erforderliche räumliche Beziehung gebracht worden sind, Urkunden i. S. des § 274 Nr. 1 StGB. b) Die Tatbestände der §§ 274 Nr. 1 und 303 StGB. stehen zu einander im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz.

II. StrS. U. v. 18. Februar 1910 g. G. 2 D 1159/09.

Aus den Gründen: In sachlicher Hinsicht ergeben sich gegen die Verurteilung des Beschwerdeführers auf Grund von § 274 Nr. 1 StGB. keine Bedenken.

Die Vermietungsplakate, deren Vernichtung und Beschädigung dem Angeklagten zur Last fällt, trugen nach der Feststellung des Vorderrichters die Aufschrift: „Zu vermieten durch N. N." (genaue Adresse einer Firma angegeben), und waren auf Veranlassung der genannten Firma von ihren Angestellten an verschiedenen leerstehenden Wohnungs- und Geschäftsräumen auf mehreren Straßen angebracht, deren Vermietung ihr vom Hauseigentümer oder Hausverwalter übertragen worden war. Ohne Grund sucht die Revision jenen Plakaten die Eigenschaft von Urkunden abzusprechen. Losgelöst von ihrer Verbindung mit dem zu vermietenden Gegenstande und für sich allein betrachtet waren sie allerdings zunächst nur bloße Stücke Papiers, die eine außerhalb ihrer liegende Tatsache nicht zu beweisen vermochten. Das änderte sich jedoch, sobald sie ihrer Zweckbestimmung gemäß von der Eigentümerin zu dem konkreten Mietobjekt in die erforderliche räumliche Beziehung gebracht worden waren, da sie nunmehr die Erklärung der Firma zum Ausdruck brachten: sie sei von dem Hausbesitzer mit der Vermietung des betreffenden Raumes beauftragt und dementsprechend bereit, sich mit etwaigen Mietlustigen hierüber in Verbindung zu setzen.

Ob eine derartige Kundgebung nach irgendwelchen Richtungen hin auch für die Beurteilung von Rechten und rechtlichen Verhältnissen von Einfluß sein konnte, bedarf keiner Erörterung. Der Urkundenbegriff in § 274 Nr. 1 StGB., um dessen Anwendung allein es sich handelt, ist, wie das Reichsgericht in beständiger Rechtsprechung anerkannt hat, ein anderer als derjenige in § 267 des Gesetzes. Er umfaßt alle in einem leblosen Gegenstande verkörperten und für die Beteiligten verständlichen Gedankenäußerungen eines Menschen, die dazu bestimmt und ihrem Inhalte nach geeignet sind, zum Beweise einer Tatsache zu dienen, mag diese Tatsache auch nicht gerade zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sein. (Entsch. **9** 142, **17** 105; Rechtspr. **6** 358). Das trifft aber auf die in Plakatform erlassenen Ankündigungen der Firma, die das auf den Straßen verkehrende Publikum aufforderten, im Bedarfsfalle mit ihr in Mietsunterhandlungen einzutreten, unverkennbar zu. Soweit die Revision daher bestreitet, daß die in den Plakaten zum Ausdruck gelangte Tatsache von rechtserheblicher Bedeutung sei, ist ihr Angriff gegenstandslos.

Wie die Strafkammer feststellt, hat der Angeklagte nicht nur Urkunden, die ihm nicht gehörten, in der Absicht, einem anderen Nachteile zuzufügen, vernichtet oder beschädigt (§ 274 Nr. 1 StGB.), sondern durch dieselbe Handlung zugleich fremde Sachen vorsätzlich und rechtswidrig beschädigt oder zerstört (§ 303 StGB.). Die Annahme einer solchen Tateinheit (§ 73 des Ges.) ist indes zu beanstanden. Ist der Gegenstand der Sachbeschädigung, wie hier, eine fremde Urkunde, und wird die Beschädigung oder Zerstörung vom Täter in der Absicht vorgenommen, einem anderen Nachteil zuzufügen, so handelt es sich nicht mehr um einen Fall des Vergehens gegen § 303 StGB.; das Gesetz hat diesen Tatbestand vielmehr aus dem Rahmen der Sachbeschädigung herausgelöst und dafür das mit erhöhter Strafe bedrohte Sonderdelikt des § 274 Nr. 1 geschaffen. Jede in der Absicht auf Benachteiligung eines anderen betätigte Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Urkunde enthält bei regelmäßiger Gestaltung der Dinge immer zugleich die gesetzlichen Merkmale des Vergehens gegen § 303 StGB. Insoweit liegt daher Gesetzeskonkurrenz vor. Die allgemeinere Gesetzesnorm muß der besonderen Strafbestimmung weichen, und

es kann nur die letztere — also § 274 Nr. 1 unter Ausschluß des § **303** — zur Anwendung kommen. (Vgl. auch Entsch. **34** 250/51).

Auf die Strafzumessung ist indes die irrige Annahme einer solchen Idealkonkurrenz ersichtlich ohne Einfluß geblieben. Das ergeben die Urteilsgründe. Das Revisionsgericht hatte sich daher darauf zu beschränken, den Schuldausspruch bezüglich der Sachbeschädigung in Wegfall zu stellen. Das Rechtsmittel selbst war zu verwerfen.

StGB. § 41 in Verb. mit § 184 Nr. 1.

V. StrS. U. v. 18. Februar 1910 g. H. 5 D 1231/09.

Das RG. hat in dem obigen Urteil anerkannt, daß auch bei plastischen Erzeugnissen, z. B. Porzellanfiguren, Strafbarkeit des Inhalts (im gegebenen Falle: Unzüchtigkeit) bestehen könne und daß deshalb die Bestimmung des § 41 a. O., wonach alle Exemplare der Darstellung, die ihrem Inhalte nach für strafbar erachtet werden, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind, auch auf solche plastischen Erzeugnisse Anwendung zu finden haben. Nähere Begründung ist nicht gegeben.

Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884 § 1 Abs. 2, § 9 Abs. 1. „Überlassen an andere“ durch Übersendung der über eine Sprengstoffladung ausgestellten Konnossemente.

III. StrS. U. v. 21. Februar 1910 g. R. 3 D 17/10.

Gründe: Der Revision des Angeklagten war der Erfolg zu versagen. Die Annahme der Strafkammer, daß Angeklagter seinen Geschäftsfreunden in S. die Sprengstoffe „überlassen“ habe, ist nicht zu beanstanden. Zum Überlassen gehört nicht mehr als die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an einen anderen. Dieser muß die tatsächliche Verfügungsgewalt, den Gewahrsam erlangen. (Entsch. **43** 11.) Die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsgewalt kann auch geschehen durch eine Person, die sich selbst nicht im tatsächlichen, natürlichen Besitze der Sprengstoffe befindet. Die in § 9 Abs. 1 des Sprengstoffgesetzes gebrauchten Ausdrücke: „Feilhalten, Verkaufen oder sonst an andere Überlassen“ enthalten, wie das Urteil zutreffend ausführt, nur eine Auflösung des im § 1 gebrauchten Ausdrucks „Vertrieb“. Strafbar ist sonach, wer es der Vorschrift in dem ersten Absatz des § 1 zuwider unternimmt, ohne polizeiliche Ermächtigung Sprengstoffe zu vertreiben. Vertrieb aber ist im weitesten Sinne zu verstehen, so daß auch der unter das Gesetz fällt, der den Erwerb von Sprengstoffen vermittelt, mag er dabei auch selbst nicht in den Besitz der Sprengstoffe gelangt sein. (Entsch. **15** 237.) Der Umstand, daß Angeklagter zu keiner Zeit tatsächlicher Besitzer der Sprengstoffe war, steht sonach seiner Verurteilung nicht entgegen.

Die Begründung des Urteils entspricht den prozessualen Vorschriften. Die Strafkammer stellt fest, daß Angeklagter den Spediteur beauftragte, den von ihm eingekauften Sprengstoff nach S. zu verschiffen, daß er seinen dortigen Geschäftsfreunden die über die Sprengstoffladung ausgestellten Konnossemente übersandt hat, und daß den Geschäftsfreunden als Konnossementsinhabern die Waren ausgeliefert wurden. Diese als erwiesen erachteten Tatsachen genügen, die Annahme zu stützen, daß Angeklagter eine Tätigkeit entwickelt hat, durch welche seine Geschäftsfreunde in S. die Sprengstoffe in ihre tatsächliche Verfügungsgewalt bekamen, daß er also es unternommen hat, die Sprengstoffe an andere zu überlassen. Beweisgründe oder Beweismittel für diese als erwiesen erachteten Tatsachen anzugeben, bestand keine prozessuale Verpflichtung. Auch im übrigen läßt das Urteil einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

---

a) StPO. § 309. Ob ein sachlicher Widerspruch vorliegt, wenn die Schuldfrage bezüglich des Täters verneint, bezüglich des Gehilfen bejaht wird, ist nicht abstrakt, sondern unter Berücksichtigung der Umstände des Falls zu entscheiden. Ist nicht ersichtlich, daß die Nichtschuld des Täters auf einen persönlichen Strafausschließungsgrund gestützt ist, so liegt Widerspruch vor. b) StPO. §§ 311, 33. Vor Verkündung des Beschlusses auf Einleitung des Berichtigungsverfahrens sind die Prozeßbeteiligten zu hören. Bei Verstoß ist aber das Beruhen des Urteils auf dem Verstoße zu verneinen, weil der Verteidiger das Wort hätte erbitten können.



V. StrS. U. v. 22. Februar 1910 g. R. u. Gen. 5 D 1209/09.

Aus den Gründen: In der Hauptverhandlung legte der Vorsitzende nach Schluß der Beweisaufnahme den Geschworenen von Amts wegen u. a. Fragen folgenden Inhalts vor:

1. Ist die Angeklagte R. schuldig, eine vollendete Abtreibung im Sinne des § 218 Abs. 1 StGB. begangen zu haben?
3. Im Fall der Verneinung der Frage 1 ist die Angeklagte eines Versuches der Abtreibung der Leibesfrucht schuldig?
5. Ist der Angeklagte K. der Anstiftung der Angeklagten R. zu dem von dieser begangenen Verbrechen .... der Abtreibung der Leibesfrucht .... schuldig?
7. Für den Fall der Verneinung der Frage 5 ist K. der Anstiftung ... zum Abtreibungsversuch ... schuldig?
9. Ist der Angeklagte H. schuldig, sich des Verbrechens gegen § 219 StGB.... schuldig gemacht zu haben?
10. Für den Fall der Verneinung der Frage zu 9 ist der Angeklagte H. der Beihilfe zu dem von der R. begangenen Abtreibungsversuche .... schuldig?

Die vorstehend nicht wörtlich, sondern nur ihrem Inhalte nach wiedergegebenen Fragen sind vom Vorsitzenden verlesen, Anträge irgendwelcher Art zur Fragestellung aber von keiner Seite angebracht worden.

Die Geschworenen haben zunächst die Fragen zu 1, 3, 5, 9 verneint, die Fragen zu 7 und 10 aber bejaht. Demnach stand infolge der Verneinung der Frage 3 fest, daß die Angeklagte R. des Versuches der Abtreibung der Leibesfrucht nicht schuldig sei, durch die Bejahung der Fragen 7 und 10 aber, daß K. die R. zu dem von dieser verübten Abtreibungsversuche angestiftet und H. ihr dazu Beihilfe geleistet hatte. Die Bejahung der Fragen 7 und 10 setzte deshalb die Verübung derjenigen Straftat mit rechtlicher Notwendigkeit voraus, die die R. zufolge der Verneinung der Frage 3 aber nicht begangen haben sollte.

Nun ist es richtig, daß die Verurteilung des Anstifters und des Gehilfen nicht durch die Verurteilung des Haupttäters bedingt, sondern auch zulässig ist, wenn der Haupttäter infolge eines ihm zustehenden persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht bestraft werden kann. Allein ob eine solche Gestaltung des Sachverhalts vorliegt, ist nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden (Goltd. 48 125). Daß hier die Nichtschuld der R. auf Grund eines solchen persönlichen Strafausschließungsgrundes angenommen worden wäre, ist in keiner Weise ersichtlich, von der Revision auch nicht behauptet. Dann aber waren die Voraussetzungen des § 309 StPO. erfüllt, da der Spruch der Geschworenen nach Lage der Sache sich widersprechend war. Die Anordnung des Berichtigungsverfahrens hatte deshalb zu erfolgen, um diesen sachlichen Mangel zu beseitigen. Nach § 311 StPO. waren die Geschworenen bei der erneuten Beratung an keinen Teil ihres früheren Spruches gebunden und demgemäß nicht behindert, nunmehr die Frage 3, wie geschehen, zu bejahen.

Richtig ist, daß die Prozeßbeteiligten vor Verkündung des das Berichtigungsverfahren anordnenden Beschlusses gemäß § 33 StPO. zu hören waren, was nicht geschehen ist. Auf diesem Prozeßverstoß beruht aber das Urteil nicht, da es den Verteidigern freigestanden hätte, das Wort zu erbitten und ihre Bedenken gegen die Einleitung des Berichtigungsverfahrens geltend zu machen. Aus dem Umstand, daß sie dies nicht getan haben, läßt sich folgern, daß sie dem Beschluß des Gerichts nichts entgegenzusetzen wußten.

Vereinszollgesetz §§ 134, 140, 158. StGB. § 328. Bei rechtlichem Zusammentreffen eines Vergehens aus §§ 134, 140 VZG. mit einem Vergehen aus § 328 StGB. ist nicht auf die verdoppelte Geldbuße des § 140 VZG. neben der Gefängnisstrafe des § 328 StGB. zu erkennen, sondern es ist der Straferhöhungsgrund des § 140 VZG. im Strafrahmen des § 328 StGB. zu berücksichtigen.

I. StrS. U. v. $\frac{\text{31. Januar}}{\text{28. Februar}}$ 1910 g. W. 1 D 1008/09.

Aus den Gründen: Der Angeklagte ist rechtlich einwandfrei eines mit Konterbande im Wiederholungsfalle, nach vorangegangener rechtskräftiger

Verurteilung (VZG. §§ 134, 140), begrifflich zusammentreffenden gemeingefährlichen Vergehens nach § 328 StGB. schuldig erklärt.

Dagegen muß der Strafausspruch insofern rechtlich beanstandet werden, als gegen den Beschwerdeführer neben der Gefängnisstrafe des § 328 StGB. und der die Stelle der Konfiskation einnehmenden Strafe der Erlegung des Wertes der eingeführten Ochsen nach §§ 134, 140, 155 VZG. auch noch gemäß § 140 das. auf die doppelte Geldbuße des § 134 erkannt wurde. Freilich muß in Fällen, wie der vorliegende, nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts — Entsch. **18** 174 u. a. —, von der abzugehen kein Grund besteht, an sich der in § 158 VZG. niedergelegte Grundsatz der Strafenhäufung Berücksichtigung finden. § 158 VZG. bezieht sich auch auf das rechtliche Zusammentreffen zweier gesetzlicher Tatbestände bei Einheitlichkeit der Handlung (§ 73 StGB.), und daß Konterbande sowie § 328 StGB. in diesem Verhältnis zueinander stehen können, ist vom Reichsgerichte stets anerkannt worden — Entsch. **11** 330 u. a. —. Allein der Grundsatz erfährt in § 134 VZG. eine wesentliche Einschränkung, wo es heißt, daß bei einfacher Konterbande an die Stelle der verwirkten Geldbuße die in besonderen Gesetzen festgesetzten Strafen treten sollen, wenn sie der Art und dem Maße nach höher ist. Als solches besonderes Gesetz ist von der Rechtsprechung allgmein § 328 StGB. angesehen worden, da er Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr, unter Umständen zwei Jahren, also eine der Art nach jedenfalls selbst gegenüber der nach oben uneingeschränkten Geldbuße des § 134 a. a. O. schärfere Strafe androht. Nicht zweifelhaft kann sein, daß die Freiheitsstrafe ein unveräußerliches, in Geld überhaupt nicht abschätzbares Rechtsgut schmälert oder entzieht — Entsch. **38** 394 (400) —. In Fällen, wo einfache Konterbande mit § 328 StGB. begrifflich zusammentrifft, kann also neben der gleichfalls als Hauptstrafe sich darstellenden Konfiskation, die unberührt bleibt, nur auf Gefängnisstrafe nach § 328 StGB. erkannt werden, während die Geldbuße des § 134 VZG. entfällt. Nun fragt es sich, ob und inwieweit diese Einschränkung des Grundsatzes der Strafenhäufung auch dann Anwendung findet, wenn bei der Konterbande die straferhöhenden Umstände der §§ 140 bis 148 VZG. sich geltend machen. Der Satz, auf den das Urteil bei Bemessung der Strafe des Angeklagten sich stützt, um die von ihm für gesetzlich zulässig erachtete volle Strafenhäufung auch schon beim ersten Rückfall der Konterbande im Sinne des § 140 VZG., dessen sich derselbe allein schuldig gemacht hat, zu rechtfertigen, daß die Ausnahme von der Regel nur eng ausgelegt und keinesfalls über den § 134 VZG. hinaus, also auch nicht auf § 140 VZG. ausgedehnt werden dürfe, kann nicht als zutreffend erachtet werden. Er geht zu weit, er faßt nicht den Sinn und Zweck der Einschränkung, beachtet auch nicht den Wortlaut des Gesetzes und wird nicht getragen durch das vom Urteil angezogene Erkenntnis des III. Strafsen. des RG. vom 3. April 1905 — Entsch. **38** 26 —, das ausdrücklich es vermeidet, für die Fälle des ersten und zweiten Rückfalles, in denen nur erhöhte Geldstrafen, keine Freiheitsstrafe in erster Linie zur Anwendung kommen soll, eine Entscheidung zu geben. § 140 VZG. weist auf § 134, indem er ausspricht, daß im Wiederholungsfalle der Konterbande außer der Konfiskation der eingeschmuggelten Gegenstände die nach § 134 eintretende Geldbuße zu verdoppeln sei, und läßt damit, abgesehen von dieser letzteren alles bestehen, was § 134 sonst noch bestimmt. Das kann nicht anders verstanden werden, als daß die Geldstrafe der wiederholten Konterbande denselben Bedingungen folgen soll, wie die der einfachen, d. h. daß auch an ihre Stelle die höhere Strafe eines etwa anzuwendenden besonderen Gesetzes treten muß. Die in § 140 VZG. festgelegte Geldstrafe hat überdies ihre alleinige Voraussetzung und Grundlage in der Geldbuße des § 134, sie ist ihr gegenüber durchaus unselbständig und hängt aufs engste mit ihr zusammen. Sie kann daher ebensowenig wie die letztere zur Strafenhäufung geeignet erscheinen, vielmehr muß für sie hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den besonderen Gesetzen das gleiche gelten und gegebenenfalls ihren Ersatz in deren Straffestsetzungen finden. Schlechterdings nicht einzusehen ist, warum beim ersten Rückfall gegenüber dem einfachen Delikt so überaus einschneidende Änderungen in der Bestimmung der Strafen erforderlich sein sollten. Die richtige Lösung ruht darin, daß die Vorschrift des § 140 VZG. hinsichtlich des im Rückfall sich ausprägenden Straferhöhungsgrundes im Strafrahmen des § 328 StGB. angemessen berücksichtigt werden muß und bei der Weite und Dehnbarkeit dieses Rahmens genügende Beachtung finden kann — Entsch. **38** 394 (401) —.

———————



StGB. § 253. Beabsichtigt der Täter, einen andern zur Unterlassung der Zivilklage zu nötigen, damit dieser für die ihm unstreitig zustehende Forderung keinen vollstreckbaren Titel erlangen und seinen Anspruch im Rechtswege nicht durchsetzen solle, so kann darin die auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtete Absicht gefunden werden.

II. StrS. U. v. 4. März 1910 g. K. 2 D 1247/09.

Aus den Gründen: Auch die sachliche Entscheidung gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Rechtswidrig im Sinne des § 253 StGB. ist jeder Vermögensvorteil, den jemand sich zu verschaffen sucht, ohne einen Anspruch darauf zu haben, und schon in der Abwendung eines drohenden Vermögensnachteils kann die günstigere Gestaltung der Vermögenslage, mithin ein Vermögensvorteil gefunden werden. (Entsch. 33 334). Hier hat der Vorderrichter festgestellt, und zwar mit einer den Erfordernissen des § 266 StPO. entsprechenden Begründung, daß der Angeklagte gehandelt hat, „um" das heißt in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Diese Absicht ist darin gefunden, daß nach seinem Willen die unverehelichte T., durch seine Drohung zur Unterlassung der Klage genötigt, für die ihr unstreitig gegen ihn zustehende Forderung von mindestens 21 M. einen vollstreckbaren Titel nicht erlangen und somit ihren Anspruch an ihn im Rechtswege nicht durchsetzen sollte. Ohne Rechtsirrtum durfte hierin die auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtete Absicht gefunden werden. Für den nicht zahlungswilligen Schuldner, wie der Angeklagte es war, ist es ein vermögensrechtlicher Vorteil, wenn der Gläubiger verhindert wird, seine Befriedigung im Rechtswege durchzusetzen. Daß aber dies die Absicht des Angeklagten gewesen, ist eine Feststellung, die auf tatsächlichen Erwägungen beruht und einer Nachprüfung auf ihre Richtigkeit in der Revisionsinstanz nicht unterliegt. Daß es dem Angeklagten zum Bewußtsein gekommen ist, der erstrebte Vermögensvorteil sei ein rechtswidriger, folgt ohne weiteres aus der festgestellten Absicht, solch einen Vorteil sich zu verschaffen. Einer näheren Erörterung in dieser Richtung bedurfte es nicht, da der Angeklagte jenes Bewußtsein nicht bestritten hatte.

Die Revision war hiernach zu verwerfen.

StGB. § 95. a) Zum Begriff der Überlegung i. S. des § 95. b) Die Strafbarkeit der Majestätsbeleidigung entfällt schon bei dem Fehlen auch nur eines der Erfordernisse: „Absicht der Ehrverletzung, böswillig, mit Überlegung".

IV. StrS. U. v. 8. März 1910 g. O. 4 D 139/10.

Aus den Gründen: Dem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft war der Erfolg zu versagen.

Hinsichtlich der Majestätsbeleidigung hat die Strafkammer für erwiesen erachtet, daß die festgestellte Äußerung eine gegen den Kaiser gerichtete ehrverletzende Kundgebung enthält. Diese sei aber nicht in der Absicht der Ehrverletzung, böswillig und mit Überlegung erfolgt, weil der Angeklagte sie nicht „prämeditiert", sondern nur gelegentlich während eines langen freien Vortrages, in dem er nicht jedes Wort abwog, gebraucht habe.

Diese Begründung gibt insofern zu Bedenken Anlaß, als das Gesetz v. 17. Februar 1908 (RGBl. S. 25) eine „prämeditierte" Tat nicht voraussetzt.

Nach dessen Entwurf (Nr. 348 der Drucksach. des Reichstags 12. Legislatur-Per. I. Session 1907) sollte zwar Bestrafung nur dann eintreten, wenn die Beleidigung böswillig und mit Vorbedacht begangen wird; letzteres ist indes im Laufe der Beratungen in „mit Überlegung" abgeändert worden, wofür hauptsächlich der Wunsch maßgebend war, einen bereits im Strafgesetzbuch (vgl. § 211) verwendeten, durch Wissenschaft und Praxis in seiner Bedeutung festgestellten Begriff zugrunde zu legen. Dabei ist man sich allerseits klar darüber gewesen, daß durch diese Änderung die im Entwurf für die Strafbarkeit aufgestellten Bedingungen abgeschwächt wurden. Denn seitens der Regierungsvertreter ward erklärt, daß der Entwurf mit seinem Wortlaut das Gebiet der strafbaren Majestätsbeleidigung am weitesten einschränke. Man sei davon ausgegangen, daß „Vorbedacht" mindestens gleichbedeutend sei mit „Überlegung" indem erfordert werde, daß der Täter die Äußerung „vorher bedacht" habe. Man dürfe sich aber keinem Zweifel darüber hingeben, daß „Vorbedacht"

ein engerer Begriff sei als „Überlegung". Dieser Auffassung ist nicht nur von keiner Seite widersprochen, sie ist vielmehr von dem Antragsteller, der die Änderung in Vorschlag gebracht hatte, ausdrücklich als zutreffend anerkannt worden (vgl. Komm.-Bericht Nr. 564 der Drucks. des Reichstags 12. Legislat.-Per. I. Session 1907/08 S. 6, 9, 10). Tatsächlich kommt dann auch ein „Prämeditieren", das Vorherbedenken und Vorausberechnen, wohl als Beweismoment für ein Begehen der Tat „mit Überlegung" in Betracht, bildet jedoch kein Begriffsmerkmal der letzteren, welche nur eine im Augenblick der Tat vorhandene genügend klare Erwägung über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit, sowie über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe verlangt, und zwar, wie anerkannten Rechts ist, ganz gleichgültig, ob ein etwa schon vorher gefaßter Entschluß zur Tat ebenfalls auf einer derartigen Erwägung beruht oder im Affekt gefaßt war (vgl. Entsch. **42** 260, 262). Soweit der erste Richter daher ein vorbedachtes Handeln als Voraussetzung der Strafbarkeit für erforderlich erachtet, hat er zuviel verlangt, und es erscheint nicht ausgeschlossen, daß infolgedessen eine Prüfung des möglichen Vorhandenseins der geringeren Erfordernisse des nicht so engen Begriffs der Überlegung überhaupt unterlassen oder unter dem Einfluß jenes Rechtsirrtums verneint ist. Dies vermag indes den Bestand des Urteils nicht zu gefährden. Denn die Strafkammer hat weiter festgestellt, daß der Angeklagte weder in der Absicht der Ehrverletzung, noch böswillig gehandelt habe, weil er die Äußerung nur gelegentlich während eines langen freien Vortrags, in dem er nicht jedes Wort abwog, gebrauchte. Diese hiernach keineswegs als allgemein gültig hingestellte, sondern lediglich die Umstände des gegebenen Falles würdigende Erwägung ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird als rein tatsächlich von der beschwerdeführenden Staatsanwaltschaft vergeblich bekämpft. Sie trägt aber die getroffene Entscheidung, da die Strafbarkeit der Majestätsbeleidigung schon bei dem Fehlen auch nur eines der kumulativ dafür aufgestellten Erfordernisse entfällt.

Demgemäß war, wie geschehen, zu erkennen.

StGB. § 123. Eine Aufforderung zur Entfernung i. S. des § 123 kann, da das Gesetz eine bestimmte Form der Erklärung nicht voraussetzt, auch durch dem Täter verständliche und von ihm verstandene schlüssige Handlungen erfolgen.

II. StrS. U. v. 11. März 1910 g. K. u. Gen. 2 D 1236/09.

Aus den Gründen: Das Landgericht nimmt zwar an, daß eine ausdrückliche Aufforderung der Berechtigten an die Menge zum Verlassen des Arbeitsraumes nicht erlassen sei. Dagegen stellt es eine den Angeklagten verständliche und von ihnen verstandene durch schlüssige Handlungen kundgegebene Aufforderung fest. Mehr war nach § 123 StGB. nicht erforderlich, da das Gesetz eine bestimmte Form der Erklärung nicht voraussetzt. Diese Aufforderung wird unter anderem darin gefunden, daß „die Chefs einzelne Arbeiter aufforderten, doch die Ruhestörer herauszubringen". Rechtlich ist dies nicht zu beanstanden. —

RGes. v. 12. Mai 1894 zum Schutze der Warenbezeichnungen § 14. Die Prüfung der Frage, welchen Eindruck die Bezeichnung einer Ware mit einem Namen unter Beifügung eines Zusatzes wie „nach" oder „genau wie" oder dergl. macht, darf sich nicht darauf beschränken, ob die beteiligten Kreise etwa das zugesetzte Wort „nach" usw. übersehen werden, sondern muß sich auf die Erörterung erstrecken, ob diese Kreise trotz Beachtung des Zusatzwortes eine besondere Beziehung des Namensträgers zu der Ware annehmen können.

I. StrS. U. v. $\frac{\text{10. Februar}}{\text{14. März}}$ 1910 g. R. u. Gen. 1 D 942/09.

Aus den Gründen: Den Revisionen war der Erfolg nicht zu versagen.

Die Frage, ob die „Wiedergabe eines fremden Namens" zur Kennzeichnung von Waren ungeachtet einer bestehenden „Abweichung" die Gefahr einer Verwechselung im Verkehr mit sich bringt (§ 20 Warenz. G.), bezieht sich nicht lediglich auf eine Abweichung in dem Wortlaut des Namens, sondern muß auch

erörtert werden, wenn der richtige Name zu der Ware mit einem Zusatze in Verbindung gebracht wird, der seinem Wortlaut nach darauf hindeutet, daß die Ware nur dieselbe Beschaffenheit habe, wie die, mit welcher der Namensträger in besonderer Beziehung steht, sei es durch Selbstherstellung, Aufsicht über die Herstellung od. dergl. Die sogeartete Kennzeichung der Ware (z. B. mit dem Zusatz „nach", „genau wie", „nach System" usw.) ist dann bei der Prüfung der Verwechselungsgefahr zu vergleichen mit einer Kennzeichnung der Ware durch die Wiedergabe des fremden Namens ohne jenen Zusatz. Mit anderen Worten: es muß geprüft werden, ob der Zusatz die Gefahr ausschließt, daß im Verkehr angenommen werden kann, der Namensträger stehe zu dieser Ware in einer besonderen Beziehung der oben gedachten Art.

Daß das Gericht diese Prüfung vorgenommen habe, läßt sich aus den Urteilsgründen nicht ersehen. Allerdings stellt die Strafkammer ohne jede Einschränkung fest, daß durch die Worte „nach V." die Annahme ausgeschlossen sei, daß Dr. V. in einer besonderen Beziehung zu der Ware stehe, und dies ist eine Tatfrage, die von dem Revisionsgericht nicht nachzuprüfen ist. Vgl. Entsch. **29** 331 (333), **31** 30 (34), Urteile des I. Ziv.-S. v. 2. Dezember 1896 I 240/96 (Blatt für Patent pp.-wesen **3** 32), des II. Ziv.-S. v. 29. September 1903 II 153/03. (Blatt für Patent pp.-wesen **10** 177). Ist jene Annahme überhaupt durchaus ausgeschlossen, so würde daraus zu folgern sein, daß auch im Verkehr die Gefahr einer Verwechselung nicht vorliege. Daß aber die Strafkammer diese Frage mit dem obigen Satze nicht entscheiden wollte, geht daraus hervor, daß sie weiter untersucht, welchen Eindruck das neue Warenzeichen, d. h. die Kennzeichnung der Waren mit den Worten „nach V.", auf die beteiligten Abnehmerkreise macht. Und hierbei tritt der Rechtsirrtum hervor, daß nur die Frage geprüft und verneint wird, ob diese Kreise etwa das Wort „nach" übersehen werden, nicht aber die Frage, ob sie trotz Beachtung dieses Wortes nicht doch möglicherweise annehmen werden, daß auch mit den Worten „nach V." gesagt werden solle, daß Dr. V. zu der Ware durch Beaufsichtigung der Herstellung oder dergl. in einer besonderen Beziehung stehe.

Das Urteil unterliegt hiernach der Aufhebung.

StGB. § 61; BGB. § 1910. Beginn der Frist zur Stellung des Strafantrags seitens des Pflegers einer geistesschwachen Person.

IV. StrS. U. v. 18. März 1910 g. E. 4 D 84/10

Aus den Gründen: Die Angeklagte E. ist wegen vorsätzlicher Körperverletzung, begangen durch eine in den Jahren 1905 bis 1909 fortgesetzte Handlung an der am 14. November 1909 verstorbenen Frau K., auf Grund des § 223 StGB. bestraft worden.

Die Beschwerdeführerin rügt mit Recht Verletzung der §§ 232, 61 StGB. in ihrer prozessualen Bedeutung, weil die Rechtzeitigkeit des nach § 232 StGB. erforderlichen Strafantrages nicht genügend festgestellt sei.

Soweit sie geltend macht, der Vorderrichter verletze den Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung, weil er den Strafantrag einem bei den Akten befindlichen, in der Hauptverhandlung aber nicht verlesenen, gerichtlichen Protokolle v. 22. September 1909 entnommen habe, verkennt sie, daß der Strafantrag bei Antragsdelikten nicht zum Tatbestande gehört, sondern eine Voraussetzung der Strafverfolgung bildet, und deshalb die Vorschriften, welche den Beweis des Tatbestandes betreffen, nicht auch für die Prüfung maßgebend sind, ob ein wirksamer Strafantrag vorliege, diese Frage vielmehr unabhängig von den für die Urteilsfindung maßgebenden Normen des Hauptverfahrens nach freiem richterlichen Ermessen von Amtswegen zu prüfen und zu beantworten ist. Infolgedessen ist auch das Revisionsgericht nicht behindert, bei Prüfung der sonstigen, in Beziehung auf den Strafantrag erhobenen Revisionsrügen den im Urteil nicht verwerteten Akteninhalt zu berücksichtigen. Es kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß das Amtsgericht in F. zu den Akten mitgeteilt hat, der Gastwirt W. sei am 23. Juli 1909 zum Pfleger der geistesschwachen Frau K. bestellt worden, sein Wirkungskreis umfasse deren persönliche und vermögensrechtliche Angelegenheiten, und daß in dem gerichtlichen Protokolle v. 22. September 1909 W. als gesetzlicher Vertreter der Frau K. den Strafantrag gegen die Angeklagte E. gestellt hat.

Der weitere Angriff der Beschwerdeführerin geht dahin, die Antragsfrist sei zur Zeit der Bestellung des Pflegers längst verflossen gewesen, weil die für erwiesen erachteten Fälle von Mißhandlungen alle weit zurücklägen und nicht festgestellt sei, daß Frau K. in der Zeit von drei Monaten seit dem jeweiligen Falle geschäftsunfähig gewesen sei; es sei auch nicht festgestellt, daß Frau K. überhaupt geschäftsunfähig und nicht imstande gewesen sei, selbst einen Strafantrag zu stellen. Dieser Angriff führt zu folgenden Erwägungen.

Frau K. war nach der Annahme des Amtsgerichts geistesschwach. Geistesschwache Personen sind, so lange sie nicht entmündigt oder nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, in ihrer Geschäftsfähigkeit rechtlich nicht beschränkt und bleiben, wenn sie gemäß § 1910 BGB. unter Pflegschaft gestellt werden, geschäftsfähig und zu denjenigen Handlungen berechtigt welche in den Wirkungskreis des Pflegers fallen. Hiernach waren sowohl Frau K. selbst als ihr Pfleger W. zur Stellung des Strafantrages binnen der durch § 61 StGB. bestimmten dreimonatigen Frist berechtigt, W. jedoch nicht als gesetzlicher Vertreter einer geschäftsunfähigen Person gemäß § 65 Abs. 2 StGB., sondern als gesetzlicher Vertreter einer geschäftsfähigen Person für diese und aus deren Rechte. Daraus folgt, daß die in § 61 StGB. bestimmte Frist in der Person des Pflegers nicht von neuem zu laufen begann, sondern nur weiter laufen konnte. Für den Beginn der Antragsfrist kommt in Betracht, daß die der fortgesetzten Handlung der Angeklagten unterstellten einzelnen Fälle von Mißhandlungen der Frau K. sich vom Jahre 1905 ab bis in den März oder April 1909 erstrecken, und daß aus der Natur der fortgesetzten Handlung sich ergibt, daß der im Verhältnis zur letzten Einzelhandlung rechtzeitig gestellte Strafantrag alle unter die fortgesetzte Handlung fallenden früheren Einzelhandlungen umfaßt. Entsch. **15** 370, **20** 226, **40** 319.

Das angegriffene Urteil läßt nicht erkennen, daß die Vorinstanz die Rechtzeitigkeit des am 22. September 1909 von dem Pfleger W. gestellten Strafantrages unter Beachtung der vorstehend bezeichneten Gesichtspunkte geprüft hat, indem die Urteilsgründe lediglich die Daten der Bestellung des Pflegers und seiner Kenntnis von den Mißhandlungen in Betracht ziehen. Jedenfalls ist in dem Urteile keine Grundlage für die durch die Richtung des Rechtmittels dem Revisionsgerichte auferlegte Nachprüfung der Annahme der Rechtzeitigkeit des Strafantrages geboten. Das Urteil unterlag daher der Aufhebung.

Da andererseits nicht erhellt, daß der Strafantrag vom 22. September 1909 verspätet gestellt sei, so war das Revisionsgericht nicht in der Lage, in der Sache selbst — gemäß § 259 Abs. 2 StPO. auf Einstellung des Verfahrens — zu erkennen, vielmehr bedarf es weiterer tatsächlicher Erörterungen. Der Umstand allein, daß Frau K. seit der letzten ihr von der Angeklagten zugefügten Mißhandlung, also seit März oder April 1909 binnen drei Monaten den Strafantrag nicht gestellt hat, reicht nicht aus, eine Unterlassung der Antragstellung im Sinne des § 61 StGB. bei ihr anzunehmen, denn eine solche Unterlassung liegt nur dann vor, wenn der Berechtigte in der Lage war, den Antrag zu stellen. Entsch. **27** 366.

Eine Unterlassung würde deshalb nicht anzunehmen sein, wenn Frau K. durch ihre Geistesschwäche oder durch ihre körperliche Gebrechlichkeit oder durch die von ihrer Umgebung veranlaßte Beschränkung ihrer Bewegungsfreiheit zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich behindert war, den Antrag zu stellen.

Weil die der Annahme einer Körperverletzung in dem erstinstanzlichen Urteile zugrunde gelegten Feststellungen bedenkenfrei getroffen sind, so unterlagen diese Feststellungen nicht der Aufhebung.

B. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

Mitgeteilt von Oberverwaltungsgerichtsrat Spangenberg, Berlin.

Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908. §§ 5, 13, 14, 17. Zum Begriffe der öffentlichen Versammlungen im Sinne des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Versammlung als eine öffentliche anzusehen ist, sind allein die Tatumstände des einzelnen Falles maßgebend. Die Versammlungen politischer Vereine können geschlossene oder öffentliche sein.



I. Senat. Urteil vom 4. Juni 1909. Nr. I. A. 171/08.

Aus den Gründen: Nach der dem Kläger (Vorsitzenden des sozialdemokratischen Vereins zu M.) auf dessen Antrag von dem Königlichen Polizeipräsidenten gemäß § 14 Abs. 2 des Reichsvereinsgesetzes gemachten Mitteilung ist die Auflösung der Versammlung vom 20. August 1908 erfolgt, weil, wie auch unstreitig ist, die Zulassung der Beauftragten der Polizeibehörde verweigert worden war. Gemäß Abs. 1 Ziff. 3 a. a. O. darf unter dieser Voraussetzung eine Versammlung für aufgelöst erklärt werden, sofern die Entsendung von Beauftragten der Polizeibehörde in die Versammlung zulässig ist. Das ist nach § 13 a. a. O. nur dann der Fall, wenn es sich um eine öffentliche Versammlung handelt. Demnach ist die Entscheidung des Streites davon abhängig, ob die Versammlung vom 20. August 1908 als eine öffentliche Versammlung anzusehen ist. Der Kläger stellt dies in Abrede mit der Begründung, daß es sich um eine Vereinsversammlung gehandelt habe, solche aber niemals öffentliche Versammlungen sein könnten. Es ist daher zu prüfen, ob die im Reichsvereinsgesetze für öffentliche Versammlungen gegebenen Vorschriften auch auf Vereinsversammlungen angewendet werden können. Diese Frage ist zu bejahen.

Um darzutun, daß nach dem Reichsvereinsgesetze Vereinsversammlungen nicht als öffentliche Versammlungen angesehen werden dürften, hat der Kläger auf den § 17 des Gesetzes hingewiesen, wo bestimmt ist:

„Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, dürfen nicht Mitglieder der politischen Vereine sein und weder in den Versammlungen solcher Vereine, sofern es sich nicht um Veranstaltungen zu geselligen Zwecken handelt, noch in öffentlichen politischen Versammlungen anwesend sein."

Der Kläger folgert aus dieser Vorschrift, daß, da das Gesetz einen Unterschied zwischen öffentlichen Versammlungen und den Versammlungen politischer Vereine mache, auch in den §§ 5 und 13 Versammlungen der politischen Vereine nicht gemeint sein könnten, sondern lediglich Versammlungen, deren Unternehmer nicht ein politischer Verein sei. Das ist jedoch irrig. Die „Versammlungen der politischen Vereine" können geschlossene oder öffentliche sein. Infolgedessen würde eine Vorschrift, die sich darauf beschränkte, jugendlichen Personen die Anwesenheit in öffentlichen politischen Versammlungen zu verbieten, zwar diejenigen Versammlungen der politischen Vereine treffen, welche als öffentliche anzusehen sind, nicht aber auch die nicht-öffentlichen Versammlungen solcher Vereine umfassen, denen nach der Absicht des aus der Kommission des Reichstags hervorgegangenen § 17 die jugendlichen Personen ebenfalls nicht sollen beiwohnen dürfen. Demnach bedurfte es hier einer besonderen Bestimmung, wonach die Personen unter achtzehn Jahren „in den Versammlungen der politischen Vereine" nicht anwesend sein dürfen (vgl. Hieber-Bazille, das Vereinsgesetz vom 19. April 1908 Note 2 zu § 17).

Durch den § 17 wird daher die Frage, ob nach dem Reichsvereinsgesetze Vereinsversammlungen als öffentliche Versammlungen angesehen und ob auf sie die für solche Versammlungen gegebenen Vorschriften angewendet werden können, nicht entschieden. Aber auch sonst fehlt es im Gesetz an einer Bestimmung, welche diese Frage entscheidet. Es ist an keiner Stelle gesagt, daß Vereinsversammlungen unter bestimmten Voraussetzungen als öffentliche Versammlungen zu behandeln seien, anderseits ist aber auch nirgends vorgeschrieben, daß die Vereinsversammlungen den für die öffentlichen Versammlungen gegebenen Vorschriften nicht unterliegen sollen. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht hervor, daß man es absichtlich unterlassen hat, eine Bestimmung, durch welche diese Frage nach der einen oder der anderen Seite hin beantwortet würde, in das Gesetz aufzunehmen. Das ergibt sich aus folgendem:

In der Begründung zu § 3 des Entwurfes, der inhaltlich dem § 5 des Gesetzes entspricht, ist hierüber (auf Seite 30) gesagt:

„Unter ‚öffentlichen Versammlungen' will der Entwurf nicht nur diejenigen verstanden wissen, welche als solche veranstaltet werden, sondern im Gegensatze zu den eigentlichen geschlossenen Versammlungen entsprechend der geltenden Rechtsprechung, insbesondere auch die Versammlungen solcher Vereine, ‚die nach der räumlichen Ausdehnung des Gebiets, das sie umfassen, wie nach der Zahl ihrer Mitglieder so groß sind, deren Organisation eine so lose, bei denen der Erwerb und

Verlust der Mitgliedschaft an so geringe Voraussetzung gebunden und so wechselnd ist, daß von ihnen nicht gesagt werden kann, ihre Mitglieder bilden einen in sich geschlossenen, bestimmt abgegrenzten Kreis von innerlich unter sich verbundenen Personen! (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 21 Seite 256). Für die rechtliche Beurteilung macht es daher keinen Unterschied, ob eine Versammlung eine Vereinsversammlung ist, oder nicht. Vielmehr ist auch eine Vereinszusammenkunft, wenn sie die Merkmale einer öffentlichen Versammlung an sich trägt, als solche zu behandeln."

Bei der ersten Beratung des Gesetzes im Reichstage setzte der Staatssekretär des Innern bei Erläuterung des von den verbündeten Regierungen vorgelegten Entwurfes auseinander (Stenogr. Bericht S. 2094), wie rücksichtlich der Versammlungen die Frage entstanden sei, ob das Kriterium, nach dem sich die Anzeigepflicht und die Überwachung richte, in der Form oder in dem Zwecke der Versammlungen gesucht werden solle. In den verschiedenen Landesrechten seien gegenwärtig beide Systeme rein oder gemischt vertreten. Bald würden nur die öffentlichen Versammlungen dem Gesetz unterworfen, bald werde das entscheidende Merkmal in den Gegenständen gefunden, die in den Versammlungen erörtert werden sollten. Wo das letztere System angenommen worden sei, gelange man zu dem Zustande, daß an sich auch Privatversammlungen in kleinen und kleinsten Kreisen mit allen sich daran anschließenden Folgerungen anzeigepflichtig seien, wofern nur in ihnen öffentliche oder politische Angelegenheiten erörtert werden sollten. Bei diesem letzteren System liege die Möglichkeit ungleichmäßiger und infolgedessen ungerechter und verstimmender Behandlung so nahe, daß die verbündeten Regierungen geglaubt hätten, nur die öffentlichen Versammlungen den Bestimmungen des Entwurfes unterstellen zu sollen. Diesem System hafte freilich insofern ein Mangel an, als nicht von vornherein und in allen Fällen gesagt werden könne, was eine öffentliche Versammlung sei. Eine Legaldefinition, die wohl kaum zu finden sein würde, sei vermieden worden; aber der Begriff der Öffentlichkeit sei nach seiner — des Staatssekretärs — Ansicht immerhin durch die vorliegende Rechtsprechung bereits so festgesetzt worden und werde durch die weitere Rechtsprechung so festgesetzt werden, daß mit diesem Begriffe operiert werden könne.

Zu dem gleichen Thema sprachen bei der ersten Beratung die Abgeordneten Trimborn (a. a. O. S. 2101), Hieber (a. a. O. S. 2110) und Heine (a. a. O. S. 2116), endlich noch der Abgeordnete Hanssen (a. a. O. S. 2154)). Der Abgeordnete Trimborn bezeichnete es als eine Gefahr für diejenigen Vereine, die sich mit wirtschaftlichen und beruflichen Aufgaben befassen, und namentlich auch für die Arbeiterbewegung, daß auch Versammlungen geschlossener Vereine überwacht und aufgelöst werden könnten. Vom Abgeordneten Hieber wurde das Zustandekommen einer schärferen Präzisierung des Begriffs der öffentlichen Versammlung gewünscht. Der Abgeordnete Heine wollte die Bestimmung über die Anmeldepflicht der öffentlichen Versammlung ganz in Fortfall gebracht haben, und der Abgeordnete Hanssen verlangte in dem Gesetze Garantien dafür, daß eine ausschließlich aus Vereinsmitgliedern bestehende Versammlung von der Polizeibehörde als eine „Vereinsversammlung" respektiert werde.

In der Kommission des Reichstags wurden zu § 3 des Entwurfes eine Reihe von Abänderungsanträgen gestellt.

1. Der Antrag 1 V (S. 51 des Kommissionsberichts) forderte im Abs. 4 und 5 den Zusatz:

(Abs. 4) „Öffentliche Versammlung ist jede Versammlung, in welche auf öffentliche Einladung jedermann gegen Entgelt oder unentgeltlich Zutritt hat.

(Abs. 5) Versammlungen von Vereinen, zu welchen nur Mitglieder Zutritt haben, gelten auch dann als nicht öffentlich, wenn sie in öffentlichen Lokalen stattfinden."

Der Absatz 4 wurde zurückgezogen, weil er zu Mißdeutungen Anlaß geben könne (S. 53 a. a. O.). Es sei selbstverständlich, daß reine Vereinsversammlungen keine öffentlichen Versammlungen seien und deshalb überhaupt nicht unter § 3 fielen. Wenn man trotzdem Absatz 5 aufrecht erhalte, so sei man dazu genötigt wegen der Bemerkungen auf Seite 30 der Begründung, wonach es für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied machen solle, ob eine Versammlung eine Vereinsversammlung sei oder nicht, falls sie die Merkmale einer

öffentlichen Versammlung an sich trage, und weil auch der Ort der Abhaltung für die Beurteilung nicht entscheidend sei. Es sei zu befürchten, daß die Gerichte hieran anknüpfen und geneigt sein würden, an Vereinszusammenkünften die Merkmale einer öffentlichen Versammlung zu entdecken. Daher empfehle sich, auszusprechen, daß Versammlungen von Vereinen, zu welchen nur Mitglieder Zutritt haben, den Charakter einer öffentlichen Versammlung nicht dadurch erhalten, daß sie in öffentlichen Lokalen stattfinden.

Hierzu erklärte der Staatssekretär des Innern: Der Antrag 1 V letzter (5ter) Absatz sei nicht annehmbar; dadurch öffnete man der Umgehung Tür und Tor. Man denke an Scheinvereinsbildungen. Unmöglich dürfe man die Entscheidung, ob eine Versammlung eine öffentliche sei, den Polizeibehörden und eventuell den Verwaltungsgerichten entziehen und den Vereinen selbst überlassen. Die Entscheidung des Staats im einzelnen Falle darüber, ob eine Versammlung eine öffentliche sei oder nicht, sei nicht zu umgehen.

2. Der Antrag 11 schlug zu a, b und d (S. 51 a. a. O.) vor, in dem Satze der Vorlage:

> „Wer eine öffentliche Versammlung zur Erörterung öffentlicher Angelegenheiten veranstalten will, hat hiervon mindestens 24 Stunden vor dem Beginne der Versammlung . . . . bei der Polizeibehörde Anzeige zu erstatten“,

a) statt „öffentliche Versammlung“ zu setzen: „Volksversammlung, zu der jeder Beliebige Zutritt hat“;

b) statt „öffentlicher Angelegenheiten“ zu setzen: „politischer Angelegenheiten“;

d) hinter diesem Absatze 1 folgenden Zusatz einzufügen:

> „Dieser Bestimmung unterliegen nicht Zusammenkünfte von geschlossenen Personenkreisen aller Art, bei denen der überwiegende Teil der Teilnehmer persönlich eingeladen ist oder durch persönliche Beziehungen oder gemeinsame Bestrebungen untereinander verbunden ist, selbst wenn noch andere Personen zugelassen werden. Bei Versammlungen, die in geschlossenen oder umfriedeten Räumen stattfinden, sind nur diejenigen als Teilnehmer anzusehen, die sich innerhalb dieser Räume befinden.“

Der Antrag wurde (vergl. Seite 54 a. a. O.) damit begründet, daß der Begriff der öffentlichen Versammlung im Entwurfe der Polizeiwillkür anheimgegeben sei. Deswegen sei eine Bestimmung, wie die zu d. vorgeschlagene, unbedingt erforderlich. Ebenso sei notwendig der Ersatz des Begriffs der „öffentlichen“ Angelegenheiten durch „politische“ Angelegenheiten und der Versuch einer Definition der „öffentlichen Versammlung.“ Diese Anträge bewegten sich durchaus in der Richtung der Erklärungen der Regierung, daß eine schikanöse Handhabung des Gesetzes möglichst ausgeschlossen sein solle. Mittels des Antrages 11 d bezwecke man auch, Besprechungen der Arbeiter einer Fabrik oder ähnlicher geschlossener Personenkreise von der Anmeldepflicht zu befreien. Im Reichstage werde das soziale Wohlwollen bei jeder Gelegenheit verkündet. Dann solle man aber auch nicht Versammlungen geschlossener Interessenkreise der Anmeldepflicht unterwerfen. Daß politische Versammlungen der Anmeldepflicht unterliegen, damit sei man, wie schon bemerkt, einverstanden.

Hierauf erwiderte der Staatssekretär (Seite 55 a. a. O.): Der Begriff der öffentlichen Versammlungen könne nicht definiert werden — lediglich die Judikatur könne ihn feststellen. Unzutreffend sei, daß er vom Entwurfe der Polizeiwillkür anheimgegeben sei. Auch der Versuch einer Definition in Antrag 1 V. Absatz 4 und 5 sei nicht akzeptabel, weil er die Beurteilung dessen, was eine öffentliche Versammlung sei, dem Staate entziehe und in die Hände der Beteiligten legte. Die Ausführungen der Begründung Seite 30 seien kein avis au lecteur. Wenn dort gesagt sei, daß eine äußerlich in den Formen einer Vereinsversammlung sich abspielende Versammlung dennoch eine öffentliche sein könne, so habe damit keineswegs die Polizei darauf hingewiesen werden sollen, daß sie auf Umwegen Vereinsversammlungen den von dem Entwurfe für öffentliche Versammlungen gegebenen Vorschriften unterstelle. Es werde damit in Anlehnung an höchstgerichtliche Entscheidungen nur gesagt, daß Fälle möglich seien, in denen eine als Vereinsversammlung veranstaltete Versammlung zu einer öffentlichen werden könne. Die Hervorhebung der Merkmale bedeute auch einen Hinweis darauf, daß aus unwesentlichen Umständen, wie der Abhaltung der Veranstaltung in einem öffentlichen Lokal oder der Erhebung eines



Eintrittsgeldes, nicht gefolgert werden dürfe, daß es sich um eine öffentliche Versammlung handele.

Nach dieser Erklärung des Staatssekretärs wurde der letzte (5.) Absatz des Antrages 1 V mit der Erklärung zurückgezogen, man sei nach den gehörten Ausführungen überzeugt, daß die Regierung nicht beabsichtige, Hintertüren zu lassen (Seite 56 a. a. O.). Es müsse zugegeben werden, daß man den Begriff der öffentlichen Versammlung durch Definitionen nicht erschöpfen könne. Immerhin sei es wertvoll, daß nunmehr festgestellt sei, daß es über den Charakter einer Versammlung nicht unbedingt entscheide, wenn sie in einem öffentlichen Lokale abgehalten werde.

Nachdem sodann nochmals von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen worden war, daß gerade der § 3 geeignet sei, zu beweisen, daß man Vertrauen zur Bevölkerung habe und die Vereinsgesetzgebung wirklich liberal gestalten wolle, gab der Staatssekretär folgende Erklärung ab (Seite 63 a. a. O.):

> „Der Entwurf sei durchaus von Vertrauen gegenüber der Bevölkerung getragen, enthalte keine Hintertüren und sei nach der Überzeugung der verbündeten Regierungen geeignet, alle berechtigten Anforderungen zu erfüllen, sowohl in der Richtung einer vernünftigen Freiheit des Vereins- und Versammlungswesens als auch in der Richtung der Aufrechterhaltung der Ordnung im Staatswesen. Nochmals sei versichert, daß die Motive insbesondere zu § 3 keine Handhabe für Polizeipraxis geben wollen, sondern nur mit den Entscheidungen rechnen, die von den Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten zur Auslegung der Vereinsgesetze der Bundesstaaten ergangen seien."

Bei der Abstimmung wurde hierauf der Antrag, die Worte „öffentliche Angelegenheiten" durch die Worte „politische Angelegenheiten" zu ersetzen, angenommen, die Anträge 11a und 11d wurden dagegen abgelehnt (Seite 64 a. a. O.).

Abgelehnt wurde ebenso der bei der zweiten Lesung des Gesetzes in der Kommission gestellte Antrag Nr. 79 (Seit. 139 und 141 a. a .O.), wonach im § 3 hinter Absatz 1 Satz 1 eingefügt werden sollte:

> „Dieser Bestimmung unterliegen nicht Zusammenkünfte von geschlossenen Personenkreisen aller Art, zu denen der überwiegende Teil persönlich eingeladen ist",
> eventuell: „Versammlungen von Vereinen, zu welchen nur Mitglieder Zutritt haben, gelten auch dann nicht als öffentlich, wenn sie in öffentlichen Lokalen stattfinden."

Als bei der Beratung in der Kommission die Frage aufgeworfen wurde, ob es als eine öffentliche Versammlung zu gelten hätte, wenn einmal sämtliche Stadtverordnete der Rheinprovinz zusammenträten, um sich über die Grundsätze der Kommunalpolitik zu verständigen (Seite 103 a. a. O.), erklärte der Staatssekretär (Seite 104 a. a. O.), seiner Meinung nach könne man nicht von der Veranstaltung einer öffentlichen Versammlung sprechen, wenn der Kreis der teilnehmenden Personen ein so begrenzter und individuell bestimmter sei, wie es bei einer Zusammenkunft der Bürgermeister oder der Stadtverordneten etwa einer Provinz oder einer bestimmten Art von Städten der Fall sei.

Bei der zweiten Lesung des Gesetzes im Reichstage wurde wiederum der Versuch gemacht, Bestimmungen in das Gesetz einzufügen, nach denen Vereinsversammlungen von der Anmeldepflicht usw. befreit sein sollten. Der Antrag Albrecht und Genossen — Nr. 830 — verlangte zu Vb, daß dem § 3 des Entwurfes folgender Absatz hinzugefügt werde:

> „Dieser Bestimmung unterliegen nicht Zusammenkünfte von geschlossenen Personenkreisen aller Art, bei denen der überwiegende Teil der Teilnehmer persönlich eingeladen ist oder durch persönliche Beziehungen oder gemeinsame Bestrebungen unter einander verbunden ist, selbst wenn noch andere Personen zugelassen werden."

Der Antrag Trimborn und Genossen — Nr. 826 — wollte (unter Ziffer 4) dem ersten Absatze des in der Kommission neu beschlossenen § 3a, lautend:

> „Einer Anzeige bedarf es nicht für Versammlungen, die öffentlich bekannt gemacht worden sind; die Erfordernisse der Bekanntmachung bestimmt die Landeszentralbehörde."

als zweiten Absatz hinzufügen:

> „Das gleiche gilt für Zusammenkünfte von geschlossenen Personenvereinigungen aller Art, zu denen die Teilnehmer persönlich eingeladen sind."

Der Antrag Brandys und Genossen — Nr. 827 — schlug vor, dem § 3 folgende Bestimmung beizufügen:

„Öffentliche Versammlung ist jede Versammlung, in welche auf öffentliche Einladung jedermann gegen Entgelt oder unentgeltlich Zutritt hat.

Versammlungen von Vereinen, zu welchen nur Mitglieder Zutritt haben, gelten auch dann nicht als öffentlich, wenn sie in öffentlichen Lokalen stattfinden."

Diese Anträge wurden von den Abgeordneten Hildenbrand (Stenographischer Bericht Seite 4599), Trimborn (a. a. O. Seite 4594) und v. Dziembowski Pomian (a. a. O. Seite 4601) zur Annahme empfohlen. Der Abgeordnete Trimborn sagte hierbei insbesondere folgendes (Stenographischer Bericht Seite 4595):

„Für die Beantwortung der Frage, ob eine Versammlung eine öffentliche ist oder nicht, wann sie anzeige- und überwachungspflichtig ist, kommen nach den Motiven folgende Gesichtspunkte in Betracht. Es ist da evtl. zu erwägen, ob der betreffende Verein nach der räumlichen Ausdehnung ein weites Gebiet umfaßt oder nicht; es ist zu erwägen, ob die Zahl der Mitglieder eine große oder eine weniger große ist; es kommt als weiteres Moment, welches eventuell die Öffentlichkeit der Versammlung begründen kann, in Betracht, ob die Organisation eine feste oder eine weniger feste, ob sie eine lose oder eine geschlossene ist, und dann kommt weiter das Moment in Frage, ob der Erwerb oder Verlust der Mitgliedschaft an eine geringere oder schwerere Voraussetzung gebunden ist, ob der Bestand der Mitglieder besonders schnell wechselt, oder ob er eine gewisse Beständigkeit hat. Alle diese Momente kommen mehr oder weniger in Betracht, und nach Abwägung dieser Momente soll dann schließlich entschieden werden, ob von einem solchen Verein gesagt werden kann, daß seine Mitglieder einen so festgeschlossenen, bestimmt abgegrenzten Kreis von innerlich unter einander verbundenen Personen bilden. Selten ist eine solche Fülle von juristischem Kautschuk übereinander gehäuft zu sehen, als hier bei dieser Materie. Das wird einen Tummelplatz für eine zweifelhafte Judikatur geben, da ist der Willkür Tür und Tor geöffnet."

Der Staatssekretär des Innern entgegnete hierauf folgendes (a. a. O. Seite 4600):

„Der Herr Abgeordnete Trimborn stößt sich daran, daß der Entwurf mit gewissen Begriffen operiere, mit dem Begriff der öffentlichen Versammlung, mit dem Begriff der politischen Angelegenheiten, und wünscht nun durch Detailbestimmungen vorzuschreiben, was eine öffentliche Versammlung ist oder was nicht.

Wir haben in der Kommission stunden- und tagelang über diese Frage debattiert, und wir sind, ich möchte sagen, fast alle zu der Überzeugung gekommen, daß es gesetzestechnisch ganz unmöglich ist, durch Interpretationsbestimmungen, die man in das Gesetz aufnimmt, diesen Begriff ganz scharf zu definieren. So wird es immer eine Grenze geben, wo eine Vereinsversammlung zu einer öffentlichen wird. Das werden Sie durch keine gesetzliche Bestimmung verhindern, das liegt an den tatsächlichen Verhältnissen. Und wenn Sie trotzdem im Gesetz interpretieren wollen, dann müssen Sie die Kautschukbestimmungen in das Gesetz aufnehmen, welche nach Ansicht des Herrn Abgeordneten Trimborn die Motive enthalten, die sogenannten Kautschukbestimmungen, welche Definitionen unserer höchsten Gerichte sind, des Reichsgerichts, des Oberverwaltungsgerichts, des Kammergerichts, Definitionen, die man hier einfach damit abtut: das sind Kautschukbestimmungen! Ja, eine gewisse feine juristische Distinktion wird immer Platz greifen müssen, wenn sie einen Begriff nach allen Richtungen hin klarstellen will, das wird mir der Herr Abgeordnete Trimborn als bewährter Jurist zugeben müssen."

Die gestellten Anträge wurden sodann abgelehnt (a. a. O. Seit. 4604 ff.).

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht nach alledem hervor, daß die Gesetzgebung es absichtlich vermieden hat, den Begriff der öffentlichen Versammlung näher festzustellen. Weder der Wortlaut des Reichsvereinsgesetzes noch die seinem Erlasse voraufgegangenen Verhandlungen gewähren infolgedessen einen Anhalt dafür, unter welchen Voraussetzungen einer von einem Vereine veranstalteten Versammlung, welche nicht ausdrücklich als öffentlich einberufen worden ist, der Charakter der Öffentlichkeit beizulegen ist.

Die Frage, ob auf eine Versammlung im gegebenen Falle der Begriff der „Öffentlichkeit" zutrifft, ist freilich schon vielfach Gegenstand der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe gewesen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 21 Seite 254, Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Band 27 Seite 428, Band 29 Seit. 429 ff., ferner die Urteile des Oberverwaltungsgerichts im Preußischen Verwaltungsblatt Jahrgang 28 Seite 549, Seite 728 und Seite 802, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Band 20 Seit. C. 112 ff.). Aber alle diese Entscheidungen enthalten keine erschöpfende Bestimmung des Begriffs der Öffentlichkeit für das Gebiet des Vereinsrechts. Eine solche läßt sich auch mit Anspruch auf Anwendung für a l l e Tatbestände nicht voll aufstellen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Versammlung als eine öffentliche anzusehen ist, können vielmehr allein die Tatumstände des einzelnen Falles und die gesamte mit demselben zusammenhängende Sachlage maßgebend sein.

C. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat S t u b e n r a u c h, Berlin.

StGB. § 361 Nr. 5 und 10. BGB. §§ 1360, 1361, 1578. Gesetz über den Unterstützungswohnsitz vom $\frac{\text{6 Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ (RGBl. 1894 S. 262) §§ 5 ff. Verordnung über die Einrichtung und Verwaltung des Landarmenwesens in der Rheinprovinz vom 2. Oktober 1871 GS. S. 477.

Wann beginnt bei Übertretung des § 361 Nr. 10 StGB. die Verjährung der Strafverfolgung? Welchen Einfluß hat in Ansehung dieser strafgesetzlichen Bestimmung ein Ehescheidungsprozeß auf die Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der Frau?

II. StrS. U. v. 29. Oktober 1909 g. S. 2 S 609/09.

G r ü n d e : Nach den Feststellungen ist der Angeklagte wiederholt, zuletzt am 20. März 1907 auf Ersuchen des Landeshauptmanns der Rheinprovinz durch das Polizei-Präsidium in Berlin, aufgefordert worden, der ihm obliegenden Unterhaltspflicht für seine Frau und Kinder zu genügen. Der Angeklagte ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen, seine Familie wird vom Landarmenverband der Rheinprovinz unterstützt.

Das Strafverfahren gegen den Angeklagten ist durch den Strafbefehl des Amtsgerichts vom 22. Januar 1909 eröffnet worden, in dem ihm zur Last gelegt wird, sich seit März 1908 der Unterhaltspflicht gegen seine Familie entzogen und sich dadurch gegen § 361 Nr. 10 StGB. vergangen zu haben.

Da zwischen der letzten behördlichen Aufforderung und dem Beginn des Strafverfahrens ein Zautraum von etwa neun Monaten liegt. so war zunächst zu prüfen, ob die Strafverfolgung verjährt ist, da es sich um eine Übertretung handelt.

Wie der Senat wiederholt dargelegt hat, ist die Verletzung der auf der Familienzugehörigkeit beruhende Unterhaltspflicht an sich nicht strafbar. Sie wird es erst, wenn der Unterhaltspflichtige durch eine zuständige Behörde aufgefordert worden ist, seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht zu genügen. Das charakteristische Merkmal für die Übertretungen des § 361 Nr. 5 und 10 StGB. liegt in dem Ungehorsam gegen das behördliche Gebot, den gesetzlichen Unterhaltspflichten nachzukommen. Solange der Ungehorsam dauert, solange ist auch die Strafbarkeit des Ungehorsamen begründet. Die Übertretung des § 361 Nr. 10 StGB. gehört zu den Dauerdelikten, deren Tatbestand durch eine ununterbrochene fortdauernde Willensbetätigung verwirklicht wird. Der Angeklagte hat sich seit dem März 1907 in bewußtem Widerspruche gegen die behördliche Anordnung verhalten, sich seitdem der ihm obliegenden Unterhaltspflicht entzogen und sich durch diese Entziehung straf-

bar gemacht. Die Übertretung des Gesetzes kann erst dadurch zum Abschluß kommen, daß der Angeklagte seiner Unterhaltspflicht genügt.

Aus der Eigenschaft der Übertretung als eines Dauerdelikts ergibt sich, daß die Strafverfolgung der Tat des Angeklagten nicht verjährt ist. Denn bei einem Dauerdelikt beginnt die Verjährung erst mit dem Aufhören seiner Verübung. Solange es noch verübt wird, kann die Verjährung nicht beginnen. Daraus folgt aber weiter, daß die Handlung des Angeklagten, auch soweit sie über drei Monate vor dem 22. Januar 1909 zurückliegt, nicht verjährt ist, weil eine einheitliche Tat nur einheitlich, aber nicht teilweise verjähren kann (RG.-Rspr. 7, 692).

Die strafrechtliche Würdigung der Tat des Angeklagten mußte die Zeit vom März 1907 ab umfassen, nicht erst vom März 1908 ab, wie es die Vorinstanzen anscheinend infolge eines ursprünglichen und später nicht berichtigten Schreibfehlers getan haben. Dadurch wird der Angeklagte aber nicht verletzt.

Die Tatbestandsmerkmale der Übertretung sind rechtlich einwandfrei festgestellt.

Der Angeklagte ist seiner Familie, die aus Frau und zwei unmündigen Kindern besteht, unterhaltspflichtig. Die Unterhaltspflicht gegen die Kinder scheint der Angeklagte nicht bestreiten zu wollen. Seine Einreden beziehen sich nur auf die Unterhaltspflicht für seine Ehefrau, die er mit Rücksicht auf den mittlerweile beendeten Ehescheidungsprozeß, in dem er als der allein schuldige Teile erklärt worden ist, bestreitet. Dieser Prozeß hat aber auf die Unterhaltspflicht als solche keinen Einfluß. Sie bleibt bestehen und ändert sich nur dem Umfange nach. Grundsätzlich hat der Mann der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Diese in § 1360 BGB. bestimmte Unterhaltspflicht bleibt im wesentlichen auch bestehen, wenn die Ehegatten getrennt leben (§ 1361 BGB.), und mit einigen Einschränkungen auch, wenn die Ehe geschieden ist und der Ehemann, wie hier, für den allein schuldigen Teil erklärt ist (§ 1578 BGB.). Bei der behördlichen Aufforderung brauchte deshalb auf den damals noch schwebenden Ehescheidungsprozeß keine Rücksicht genommen zu werden. Denn die Unterhaltspflicht des Angeklagten bestand trotz jenes Prozesses, der nur für den Betrag des zu leistenden Unterhalts von Einfluß werden konnte. Die behördliche Aufforderung geht aber nur allgemein dahin, den pflichtmäßigen Unterhalt zu gewähren, und hat auch im vorliegenden Fall die Leistung bestimmter Beträge nicht verlangt.

Der Angeklagte ist auch zur Leistung des Unterhalts in der Lage gewesen. Das gegen diese Annahme gerichtete Vorbringen des Angeklagten ist aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen widerlegt worden.

Zuständig für die nach § 361 Nr. 10 StGB. notwendige Aufforderung sind die Polizeibehörden oder die mit der Verwaltung des Armenwesens betrauten Behörden (Goltd. Arch. 55, 236). Zu den letzteren gehört der Landeshauptmann der Rheinprovinz (§§ 5ff Ges. über den Unterstützungswohnsitz vom $\frac{\text{6. Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ RGBl. S. 262. VO. vom 2. Oktober 1871. GS. S. 477).

StPO. §§ 152, 170, 414, 416.

Ist in einem Falle, in welchem dem Verletzten der Weg der Privatklage offensteht, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung aus § 170 StPO. auch dann nicht zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft aus einem anderen Grunde als mangels öffentlichen Interesses die Erhebung der öffentlichen Klage abgelehnt hat?

II. StrS. B. v. 28. Dezember 1909. g. K. 2 W 1182/09.

Aus den Gründen: Der Beschuldigte soll an der Anna F. im April 1908 mit Gewalt unzüchtige Handlungen vorgenommen haben. Das Zeugnis der Anna F. läßt aber nicht erkennen, daß der Beschuldigte irgendwelche Kraft hat aufwenden müssen, um einen Widerstand der Anna F. gegen die Vornahme der von ihr geschilderten Unzuchtshandlungen zu überwinden. Der Tatbestand des § 176 Nr. 1 StrGB. ist deshalb nicht gegeben. Die Handlungen des Beschuldigten gegen die Anna F. erschöpfen gleichzeitig den Tatbestand der tätlichen Beleidigung. Wenngleich gegen die sittliche Unbescholtenheit der Anna F. schwerwiegende Bedenken vorliegen, so hält der Senat ihre Glaubwürdigkeit nicht soweit für erschüttert, um die dem Beschuldigten zur Last gelegten Handlungen als nicht geschehen erachten zu können. Der Senat hält auch in diesem Falle einen genügenden Tatverdacht für gegeben, sieht sich aber aus Rechtsgründen

nicht in der Lage, dem Antrage auf Erhebung der öffentlichen Klage wegen Beleidigung stattgeben zu können.

Nach §§ 414, 416 StPO. wird wegen einer nur auf Antrag verfolgbaren Beleidigung die öffentliche Klage nur dann erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. In der Rechtswissenschaft wie in der Rechtsprechung herrscht Einverständnis darüber, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung aus § 170 StPO. nicht gegeben ist, wenn die Staatsanwaltschaft das Einschreiten mangels eines öffentlichen Interesses abgelehnt hat. Im vorliegenden Fall hat die Staatsanwaltschaft das Einschreiten aus einem anderen Grunde als dem des mangelnden öffentlichen Interesses abgelehnt, wegen nicht genügenden Beweises, und es fragt sich, ob gegenüber der so begründeten Entscheidung der Antrag aus § 170 StPO. zulässig ist. Diese von der Rechtsprechung verschieden beantwortete Frage war zu verneinen.

Die Vorschrift des § 170 StPO. steht in engster Beziehung zu der des § 152 StPO. Diese gewährt der Staatsanwaltschaft die ausschließliche Befugnis zur Erhebung der öffentlichen Klage. Die Staatsanwaltschaft ist, soweit nicht gesetzlich ein Anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Gibt die Staatsanwaltschaft einem Antrage keine Folge, weil sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen die Erhebung der öffentlichen Klage für aussichtslos hält, so soll einer fest begrenzten Gruppe von Antragstellern, nämlich solchen, die durch die angezeigte Straftat verletzt sind, das Recht zustehen, gegen den abweisenden Bescheid der Staatsanwaltschaft auf gerichtliche Entscheidung anzutragen. Der leitende Gedanke für diese Bestimmung war der, daß gegen eine irrige Auffassung der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung gewährt werden sollte, ebenso wie umgekehrt der Beschuldigte gegen die Weiterverfolgung einer ungerechtfertigten Klage durch das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens geschützt wurde. Die Vorschriften des § 170 haben den Zweck, die Verletzung des öffentlichen Rechts durch Nichterhebung der öffentlichen Klage zu verhüten, ihr Anwendungsgebiet geht mithin nicht weiter, als die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zum Einschreiten besteht. Diese Verpflichtung aber entfällt, soweit das Gesetz etwas anderes bestimmt, wie das u. a. bei Beleidigungen und Körperverletzungen der Fall ist: der Verletzte hat hier unabhängig von einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft das Recht, Privatklage zu erheben und auf diesem Wege eine gerichtliche Entscheidung über Grund oder Ungrund seiner Klage herbeizuführen. Soweit dieses Recht besteht, kann ein Bedürfnis nicht anerkannt werden, dem Verletzten noch einen anderen Weg für die Erreichung einer gerichtlichen Entscheidung einzuräumen, d. h. den in § 170 StPO. vorgeschriebenen. Hierbei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob die Staatsanwaltschaft ihr Einschreiten mangels öffentlichen Interesses oder aus anderen Gründen abgelehnt hat. Denn in dem einen wie dem anderen Falle bleibt dem Verletzten die Möglichkeit, durch Erhebung der Privatklage die von ihm gewünschte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.

Aus diesen Gründen war der Antrag des Bahnarbeiters F. zurückzuweisen, der die Kosten für den Antrag nach § 175 StPO. zu tragen hat.

StPO. §§ 399 insbesondere Nr. 5, 407, 409, 410.

Kann ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens innerhalb einer der im § 399 StPO. aufgeführten Gruppen der Wiederaufnahmegründe teilweise für zulässig, teilweise für nicht zulässig erachtet werden? Darf insbesondere ein nur auf § 399 Nr. 5 StPO. gestützter Wiederaufnahmeantrag zum Teil für zulässig erklärt, zum Teil als unzulässig verworfen werden?

II. StrS. B. v. 11. Januar 1910. g. K. 2 W 25/10.

Gründe: Nach § 399 StPO. findet die Wiederaufnahme des Verfahrens aus den dort bezeichneten in fünf Gruppen eingeteilten Gründen statt, die ihrem Wesen nach verschieden sind. Wenn der Antrag auf mehrere dieser Gründe gestützt wird, so kann er aus dem einen Gesichtspunkt zulässig, aus dem andern nicht zulässig sein. Dagegen kann ein Antrag, der nur auf einen dieser Gründe gestützt wird, nicht zum Teil zulässig, zum Teil nicht zulässig sein. Dies gilt besonders dann, wenn der Antrag gemäß Nr. 5 auf neue Tatsachen oder Beweismittel gestützt wird, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwen-



dung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen geeignet sind. Das Gericht hat nach § 407 StPO. über die Zulassung des Antrages zu entscheiden. Ist nur eine der neu vorgetragenen Tatsachen geeignet, die vom Gesetz vorausgesetzte Wirkung herbeizuführen, so muß der Antrag zugelassen werden, auch wenn die anderen vorgetragenen Tatsachen nicht geeignet sein sollten, die Beweisgrundlagen des Urteils zu erschüttern. Die Strafkammer durfte deshalb den Antrag nicht insoweit zurückweisen, als er sich auf das Zeugnis verschiedener Personen stützt, die die Unrichtigkeit des im Urteil festgestellten Sachverhalts bekunden sollen, sondern mußte den Antrag als solchen zulassen, wenn sie die weitere Behauptung, daß der Angeklagte zur Zeit der Tat geisteskrank gewesen sei, für genügend begründet hielt. Erst in dem weiteren auf den Zulassungsbeschluß folgenden Verfahren (§§ 409, 410 StPO) ist zu entscheiden, ob und in welchem Umfange die Tatsachen zu erörtern sind, die der Angeklagte außer der für die Zulassung des Antrags entscheidenden Tatsache vorgebracht hat. Der Umfang der Beweisaufnahme steht im Ermessen des anordnenden Gerichts, über die Ablehnung etwaiger Beweisanträge ist in dem nach § 410 StPO. zu erlassenden Beschluß zu befinden.

Die Beschwerde des Angeklagten, die nur wegen der teilweisen Zurückweisung seines Antrages erhoben ist, mußte deshalb zur Aufhebung des Beschlusses führen. Die Strafkammer wird von neuem über die Zulässigkeit des Antrages an sich (§ 409 StPO.) zu befinden haben, wobei sie in keinem Punkte an ihre frühere Entscheidung gebunden ist.

Literatur.

Besprechungen von Josef Kohler.

I. Strafrecht.

Max Rümelin. Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht. (Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1909. Tübingen.)

Daß der Fahrlässigkeitsbegriff im Straf- und Zivilrecht ganz verschieden gefaßt werden muß, wird immer mehr anerkannt. Im Zivilrecht kann es sich nicht darum handeln, ob der einzelne seine Pflicht erfüllt hat oder nicht, sondern ob er das leistete, was man nach der Norm des Lebens von ihm verlangen konnte, wobei die Norm des Lebens nach den verschiedenen Typen sich gestalten muß, welche die Lebensweise, Beruf, Arbeit, bedingen: natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß auch einigermaßen das subjektive Element hierbei in Betracht kommt, aber nur sekundär und nicht in ausschlaggebender Weise. Anders im Strafrecht: wer ernstlich bemüht war, seine Pflicht zu erfüllen und aus irgend einem individuellen Defekt gescheitert ist, kann und darf nicht bestraft werden; eine Strafe in diesem Falle ist eine Ungerechtigkeit, und solche Ungerechtigkeiten sind schon zu Hunderten begangen worden, namentlich wenn man sich etwa einen Eisenbahnbeamten denkt, der in der Ermüdung, in der Hast des Augenblicks, im Sturm und Drang der Geschäfte etwas übersehen hat.

Wenn es sich darum handelt, den Vermögensschaden zu ersetzen, dann muß sich jeder der Norm des Lebens unterwerfen; wenn es sich aber darum handelt, eine Schuld zu büßen, so muß eine wirkliche Schuld vorhanden sein.

Franz Exner. Das Wesen der Fahrlässigkeit. (Verlag von Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1910.)

Die (strafrechtliche) Fahrlässigkeit ist eine Willensschuld, bestehend darin, daß der Täter ein bestimmtes Verhalten zeigt, ohne die Vorsicht und Aufmerksamkeit zu beobachten, die die Rechtsordnung an ihn stellt. Diese auch von mir stets vertretene Lehre wird vom Verfasser näher untersucht, entgegengesetzte Auffassungen werden erörtert und geprüft. Der Verfasser kommt zu einer Bestätigung, oder wenn man will, zu einer Weiterbildung der herrschenden Lehre, indem er das Element entscheiden läßt: es ist das zu geringe Interesse des Täters an den Rechtsgütern, welches es herbeigeführt hat, daß er seine Aufmerksamkeit nicht entsprechend anspannte. Dieses Interesse hätte ihn um so mehr zur Aufmerksamkeit veranlassen sollen, je größer die Gefahr, je bedeutsamer das Rechtsgut war, um das es sich handelte, und je weniger sein

Verhalten durch eine Notwendigkeit oder durch einen vernünftigen Zweck gerechtfertigt war. Daß das strafrechtliche Verschulden Voraussehbarkeit verlangt, ist selbstverständlich. Damit ist zu gleicher Zeit auch gesagt, daß die Übertretung eines Verbotes immer noch nicht Fahrlässigkeit ist, wenn der Täter keine Ahnung davon hatte, wohin das Verbot steuere und welches Unheil dadurch verhütet werden sollte.

Zweierlei möchte ich noch beifügen:

1. Wie der Verfasser richtig bemerkt, ist aus dem Fahrlässigkeitsbegriff nichts gegen den Determinismus zu entnehmen; die Gründe gegen den Determinismus sind anderwärts zu suchen: denn wenn bei der Fahrlässigkeit vorausgesetzt wird, daß der Täter anders hätte handeln können, falls er größere Aufmerksamkeit beobachtet hätte, so ist damit selbstverständlich nicht der Standpunkt derjenigen widerlegt, welche annehmen, daß das So-und-nicht-anders Handeln von unvermeidlichen inneren Determinanten herrühre, welche in diesem Falle nicht zur bestimmten, pflichtgemäßen Aufmerksamkeit führten.

2. Daß bei der Fahrlässigkeit der Erfolg wesentlich ist und ein fahrlässiges Tun ohne Erfolg nicht nach den Regeln des Versuchs strafbar ist, hängt damit zusammen, daß das erfolglose fahrlässige Tun meist unter die Kategorie des Polizeiunrechts fällt und nach den Regeln dieses, nicht nach den Regeln des Kriminalrechts, gewürdigt wird.

Heinrich Hemmen. Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Die dogmengeschichtliche Darstellung der Vorsatzlehre von Feuerbach bis zum Jahre 1870 hat großen Reiz, wenn auch sicher ist, daß unter allen Kriminalisten nach Feuerbach bis 1870 nur eine große Erscheinung hervorragt, nämlich Köstlin, dessen Ausführungen aber oftmals an einem unerträglichen Schematismus leiden. Jener Periode gehört insbesondere die Zerstörung des Dolus indirectus und die Erfindung des unglückseligen Dolus eventualis an, ebenso die Ausbildung des Dolus generalis. Die Vorstellungstheorie gegenüber der Willenstheorie spielt in dieser Zeit nur eine geringe Rolle. Absicht und Vorsatz werden lange nicht genügend unterschieden. Die Folge des Ganzen ist die verworrene Sprechweise unseres Strafgesetzbuches vom Jahre 1870, das sich in vielen Punkten, die das Gesetz hätte entscheiden sollen, einfach aus der Schlinge zieht, indem es die wichtigsten Fragen unerledigt läßt und auf die Rechtsprechung und Rechtslehre verweist.

Albert Coenders. Strafrechtliche Grundbegriffe. (Druck und Verlag von L. Schwann, Düsseldorf, 1909.)

Dieses Werk enthält sehr bedeutsame und geistreiche Ausführungen, von denen ich beispielsweise das Kapitel von der Abirrung und die Lehre über die Unterlassungsdelikte hervorhebe.

Wilhelm Hilgemann. Die Teilnahme an der Teilnahme. (Verlag von R. Trenkel, Berlin, 1908.)

Die Schrift des Verfassers ist insofern verdienstvoll, als daraus die Unrichtigkeit der Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme deutlich hervorgeht; denn sie kommt schließlich zu der Annahme, daß die Anstiftung zur Anstiftung, ebenso die Beihilfe zur Beihilfe straflos bleibt, weil sie durch das Strafgesetz nicht besonders bedroht werde!

Karl Schacht. Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer Personen. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Bei Fahrlässigkeitdelikten haben wir die Kategorien von Anstiftung, Mittäterschaft und Beihilfe nicht, obgleich sie auch hier möglich wären; z. B. es stiftet jemand einen anderen an, leichtfertig ins Blaue hineinzuschießen, es ladet jemand hierzu die Flinte, oder zwei entladen in gleicher Unvorsichtigkeit eine Schußwaffe. Es ist aber um so weniger nötig, diese Kategorien einzuführen, als es auch bei vorsätzlichen Delikten viel richtiger wäre, überhaupt prinzipiell nur eine Art der Beteiligung an der Tat anzunehmen, die Anstiftung als indirekte Täterschaft zu behandeln und die Fälle der Beihilfe mit Rücksicht auf die untergeordnete Art der Betätigung einfach als mildere Formen der Begehung zu bestrafen.

Rudolf Gräsel. Die Unterlassungsdelikte im ausländischen Strafrecht. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Die auswärtige Literatur über Unterlassungsdelikte ist meist dürftig. Eine Ausnahme macht Holland und Italien. Die Zusammenstellung des Verfassers ist förderlich und gibt ein Bild dessen, was man von der auswärtigen Literatur zu erwarten und nicht zu erwarten hat. Wichtiger wäre allerdings eine Zusammenstellung der auswärtigen Rechtsprechung, welche eine eingehende Berücksichtigung erheischt.

Max Hirschberg. Die Schutzobjekte der Verbrechen. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1910.)

Der Verfasser betont richtig den wesenlosen Charakter dessen, was man im Strafrecht Rechtsgüter nennt: diese sind einfach mit den Schutzobjekten identisch, womit über die Art und Weise solcher Objekte nichts weiter gesagt ist. Der Verfasser will Schutzobjekte dahin definieren, daß es Zustände seien, womit aber auch weiter nichts erreicht wird. Wenn er im übrigen mit Recht bemerkt, daß die Verbrechen entweder gegen den Einzelnen oder gegen die Gesamtheit gerichtet sind, so verbaut er sich den Weg zum Ziel dadurch, daß er die subjektiven Rechte nicht als Schutzobjekte anerkennen will und vor allem das Persönlichkeitsrecht als berüchtigten Ausläufer des Naturrechts erklärt. Wieso ein Begriff berüchtigt sein soll, der heutzutage überall in der Lehre vom unlauteren Wettbewerb und vom Warenzeichenrecht Anerkennung findet, und inwiefern es sich hierbei um naturrechtliche Dinge handeln soll, während doch der Begriff erst in der Gegenwart zur rechten Geltung gelangte, ist nicht abzusehen. Und wenn bereits Blackstone den Begriff des Persönlichkeitsrechts andeutet, so ist dies kein naturrechtliches Brandmal, sondern ein Beweis des Richtigen! So kann den Ausführungen des Verfassers kein erheblicher Wert beigemessen werden.

Josef Frhr. v. Redwitz. Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuches und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Der Verfasser macht den Versuch, die bereits bestehenden sichernden polizeilichen Maßnahmen, namentlich auch die Maßnahmen der Zwangserziehung von den Strafen zu scheiden. Das ist juristisch von sehr großer Bedeutung. So für den Fall der Idealkonkurrenz, wo die Strafe absorbiert wird, aber nicht die sichernde Maßnahme, so für den Fall der Begnadigung, der Verjährung usw. Daß die Zwangserziehung, welche in der korrektionellen Nachhaft liegt, keine Strafe ist, wird richtig ausgeführt. Bezüglich der Einziehung muß streng unterschieden werden zwischen der kriminellen und der polizeilichen Einziehung. Was der Verfasser in dieser Beziehung, S. 96, gegen mich vorbringt, ist unzutreffend; denn nichts hindert uns, über den Wortlaut eines unvollkommen gefaßten Gesetzes hinauszugehen.

Friedrich Oetker. Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. (Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1910.)

Der Verfasser weist treffend die Unvollkommenheit des Entwurfes nach. Man vergleiche namentlich, was er S. 27 ff. über die Unschädlichmachung der unverbesserlichen Verbrecher ausführt.

Hans Gutmann. Die Natur der Geldstrafe und ihre Verwendung im heutigen Reichsstrafrecht. (Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1909.)

Der Verfasser kommt in der Hauptsache zu der von mir seinerzeit entwickelten Theorie von der reinen Strafnatur, unter Ablehnung eines jeden obligationsrechtlichen Gesichtspunktes. Wenn er auf S. 100 von der Pflicht des Verbrechers zur Duldung der Strafe spricht, so ist dies unrichtig: es ist ein Mißbrauch des Begriffs „Pflicht", hier von einer Pflicht der Duldung zu sprechen. In

diesem Sinne hat jeder die Staatstätigkeit zu dulden, ebenso wie er das Dasein seines Mitmenschen dulden muß. Anderseits lehnt es der Verfasser mit Recht ab, denjenigen der Begünstigung zu zeihen, der dem Verurteilten das Geld zur Zahlung der Geldstrafe vorstreckt. Die Ausnahme, die ich seinerzeit gemacht habe, wenn das Geld lediglich zu diesem Zwecke dargeboten worden ist, möchte ich jetzt aufgeben, denn solches kann doch nicht anders behandelt werden, als wenn man dem Verurteilten sofort eine Vergütung zahlt, um ihn für die Verbüßung einer Gefängnisstrafe schadlos zu halten. Dagegen sind soziale Veranstaltungen, um die sich ergebenden Geldstrafen zu decken, immerhin sehr bedenklich, und ein Strafgebot gegen sie ist ebenso gerechtfertigt, wie gegen das Kollektieren durch die Presse: wenn auch die Deckung der Geldstrafe im einzelnen Fall keine Begünstigung ist, so tragen doch derartige soziale Veranstaltungen dazu bei, das ganze Geldstrafeninstitut zu erschüttern und die strafende Gewalt des Staates zu lähmen.

Ernst Beling. Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede. (Verlag von J. C. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1909.)

Der Verfasser sucht den Gedanken, daß der Wahrheitsbeweis in bezug auf Intima auszuschließen sei, zu vertiefen. In der Tat kann nicht jede gerichtliche Erörterung dieser Dinge abgelehnt werden: Angelegenheiten der Häuslichkeit zu erörtern, läßt sich bei den Gerichten durchaus nicht immer vermeiden; wesentlich ist dagegen, daß niemand ohne genügenden Grund intime Dinge seines Mitmenschen an die Öffentlichkeit bringen soll; hat er sie an die Öffentlichkeit gebracht, so soll er im Beleidigungsprozeß dafür bestraft werden, und dagegen kann ihm der Beweis der Wahrheit nichts nützen.

---

1. **Johann Lazarus.** Das Unzüchtige und die Kunst. (J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1909.)

2. **Richard Wolff.** Was ist unzüchtig? Was ist unsittlich? Was ist normal? (Hermann Walther, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1909.)

Lazarus will vor allem dem Schamgefühl als hemmendem Moment eine sehr bedeutende Kulturwirkung zugestehen und geht von da aus auf die Beurteilung des Unzüchtigen in der Kunst über. Nach seiner Auffassung muß im allgemeinen das Nackte in der Darstellung nicht als züchtig, sondern als unzüchtig betrachtet werden, weil hier etwas gezeigt wird, was man sonst verhüllt: nur aus besonderen Gründen könne die Darstellung des Nackten als gestattet gelten, wobei die Anschauung und die Gewohnheit des Publikums eine große Rolle spiele. Danach sei in jedem Falle aus den verschiedenen Momenten zu entnehmen, ob die Darstellung des Nackten oder gar die Darstellung eines sexuellen Vorganges in einem Kunstwerk als züchtig oder unzüchtig zu betrachten sei, und es sei dabei namentlich auf die Richtung des Kunstwerkes und die Bedeutung des Künstlers Rücksicht zu nehmen. Dieser ganze Ausgangspunkt ist verfehlt und die Folgen für die Kunst wären im höchsten Grade verderblich. Man braucht nicht mit allen Darstellungen der Sezession einverstanden zu sein, und gleichwohl müßte man es als ein Unheil betrachten, wenn hier der Sittlichkeitsapostel à la Savonarola einschritte oder der Polizeiästhetiker von erhabenem Pfühl aus über Erlaubtheit oder Nichterlaubtheit einer Darstellung von Lautrec, Klinger, Slevogt, Putz oder Beckmann dekretierte und etwa orakelte: dieses Bild ist nicht bedeutsam genug, um das sexuell Dargestellte zu rechtfertigen; dieses Sujet wäre einem Tizian, Rubens, Velasquez erlaubt, nicht aber einem Schüler von Corinth. Auf solche Weise gelangt man zu dem ganz verfehlten Begriff des relativ unzüchtigen und überhaupt zu einem Relativismus, der die ganze Kunst in Frage stellt. Man mag immerhin dem Schamgefühl eine Kulturbedeutung zusprechen, eine eminent größere Bedeutung hat die Kunst und die Freiheit der Kunst. Was wahrhaft künstlerisch ist oder mindestens wahrhaft künstlerisches Streben zeigt, ist niemals unzüchtig.

Von richtigerer Anschauung ist die Schrift von Richard Wolff getragen, welche sehr tief in die Rechtsprechung eindringt. Es mag z. B. auf die sonderbare Entscheidung des Landgerichts München vom 20. Nov. 1907 verwiesen werden, wo die künstlerische Wirkung eines Bildes wegen der Magerkeit und Unschönheit der Akte verneint wurde, als ob nicht gerade darin eine

besondere Kunstrichtung, der Naturalismus, läge, welcher man vielleicht keine ewige Bedeutung zuschreiben mag, die aber als Durchgangsrichtung geradezu unentbehrlich ist. Ob dieses Prinzip immer im richtigen Gleichgewicht bleibt, darüber hat nicht der Strafrichter zu entscheiden. Auf S. 69 u. ff. spricht sich der Verfasser gegen die Ansicht aus, daß etwas sittlich oder unsittlich sein könne, je nachdem es zu hohem Gelde oder zu populär billigem Preise zu haben ist. Das ist sehr richtig; höchst auffallend ist es aber, daß er hierbei neben Binding mich nennt und erklärt, daß meine Ansicht nicht anzuerkennen sei, obgleich sie der richtigen Beurteilung näher stehe als die Bindings. Ich muß im Gegenteil bemerken, das, was der Verfasser in dieser Beziehung anführt, schon von mir längst gesagt worden ist, und ich will zu diesem Zwecke nur einige Worte wiedergeben, die sich in meinen Essays vom „Lebenspfad" Seite 204 finden:

> „Auch der vielbetonte Unterschied, ob ein Werk nach seiner Ausstattung, seinem Preise, seiner Sprache für das Volk oder nur für beschränkte Kreise bestimmt sei, ist durchaus nicht prinzipiell — im Gegenteil, wahrhaft künstlerische Werke darf auch der minder Bemittelte genießen, sie sollen auch demjenigen nicht verschlossen sein, der nur über bescheidene Mittel verfügt. In Betracht kommt dieser Umstand nur als ein Symptom für die Beurteilung der Art des Schriftstückes, insofern daraus bisweilen geschlossen werden kann, daß die künstlerische oder wissenschaftliche Tendenz nur Vorspiegelung, keine Wirklichkeit ist. Und auch insofern kann der Umstand in Betracht kommen, als etwas wirklich Unsittliches um so mehr zu verfolgen ist, je größer sein Verbreitungsbezirk zu werden droht.
>
> Dagegen wäre es völlig unrichtig, eine künstlerische Produktion als sittlich oder unsittlich zu erklären, je nachdem sie für mehr oder minder bemittelte Abnehmer berechnet ist — die wahrhaft gute Literatur ist für alle — vorausgesetzt, daß sie nicht durch Auslassungen oder Änderungen entstellt und dadurch in ein ganz anderes Licht gerückt wird. Allerdings kann das Edle von manchen Menschenklassen mißverstanden, das Schöne mißbraucht, in den Kot gezogen, in das Gemeine verkehrt werden."

Ich glaube: der Relativismus, der dahin zielt, etwas Künstlerisches wegen der Art seiner Verbreitung und namentlich wegen des billigen Preises, der es in niedrige Stände trägt, als unzüchtig zu erklären, könnte gewiß nicht schärfer verurteilt werden. Die Polemik gegen mich ist daher ungerechtfertigt.

A. Beres. Der Mißbrauch der geistlichen Amtsgewalt. (J. Schweitzer Verlag [Arthur Sellier], München, 1907.)

Die Lehre vom Mißbrauch der geistlichen Amtsgewalt geht auf die Stellung zwischen Staat und Kirche zurück, und die geschichtlichen Wandlungen dieser Stellung spiegeln sich namentlich in den Vorsichtsmaßregeln wieder, welche der Staat gegen das Überwirken der Kirche zu ergreifen sich genötigt sah. Das Thema ist daher ein geschichtliches Thema ersten Ranges und ist von dem Verfasser mit Geschmack und Gelehrsamkeit begonnen worden. Die Fortsetzung von der Reformation bis zur Aufklärungszeit, von den grundsätzlichen Änderungen während der Aufklärungsperiode und der Entwicklung im 19. Jahrhundert wird hoffentlich in Bälde folgen.

Adolf Moser. Religion und Strafrecht. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Die Ausführungen über Religionsdelikte sind tüchtig; es ist ihnen größtenteils zuzustimmen.

Heinrich Mersmann. Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Der Verfasser sucht ausführlich zu erkunden, inwiefern die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Amtshandlung zur Rechtmäßigkeit gehören. Der schwierige Punkt besteht gerade darin, daß vielfach die Prüfung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, dem Beamten selbst anheimsteht; und wenn er hier infolge dieser Prüfung zur Bejahung gelangt ist, dann kann er beanspruchen, daß seine Handlung als rechtmäßig betrachtet wird, denn niemand

kann über seine Prüfung hinaus. Der richtige Weg ist nun, zu unterscheiden, welche Voraussetzungen so beschaffen sind, daß ihr Mangel die Rechtmäßigkeit der Handlung unbedingt hindert, und welche so, daß sie nur als Prüfungselemente aufgestellt sind, so daß die bejahende Entscheidung des Beamten durchschlägt und mithin seine Bejahung der wirklich vorhandenen Voraussetzung gleichsteht: mit anderen Worten, es ist zwischen den objektiven und subjektiven Voraussetzungen zu unterscheiden. Dieser Unterschied läßt sich recht oft schwer durchführen. Was z. B. den Fluchtverdacht als Voraussetzung der Verhaftung betrifft, so hat dieser subjektiven Charakter. Dagegen ist ein vollstreckbarer Titel als Voraussetzung der Vollstreckung eine objektive Voraussetzung, wenigstens was das Dasein der Vollstreckungsurkunde betrifft. Was aber die subjektiven Voraussetzungen angeht, so muß die Prüfung des Beamten natürlich eine ernstliche und eine streng sachliche sein. Umgekehrt wird man auch von demjenigen, der in der Annahme, daß der Beamte rechtswidrig handelt, ihm Widerstand leisten will, eine ernstliche gewissenhafte Prüfung verlangen dürfen. Wenn der Verfasser S. 122 mir entgegenhält, daß diese Anschauung im Gesetz keine Grundlage habe, so ist das eben ein ganz veralteter Einwand; jeder muß wissen, daß neben dem Gesetz auch die Vernunft ihre Geltung hat.

Karl Sturm. Die Landstreicherei. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1909.)

Der Begriff der Landstreicherei wird hier fester gefaßt und als ein Überrest des früheren Vagantentumes dargestellt. Zu den Landstreichern gehört nicht jeder, der arbeitslos herumzieht, sondern nur derjenige, der durch Betteln oder andere rechtswidrige Weise sich seinen Lebensunterhalt verschafft. Auszuscheiden ist auch derjenige, der arbeiten will, aber keine Arbeit findet. Es muß daher noch das Moment der Arbeitsscheu hinzukommen.

Hans Leopold. Zum Tatbestande der strafbaren Untreue. (Schlettersche Buchhandlung, Breslau, 1908.)

Der Verfasser führt richtig aus, daß der Begriff der Untreue im Zusammenhang steht mit der Verfügungsgewalt und daß nur da Untreue anzunehmen ist, wo diese Verfügungsgewalt mißbraucht worden ist; weshalb von einer Idealkonkurrenz von Untreue und Unterschlagung nicht die Rede sein kann.

Carl Stooß. Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts. (Verlag von Franz Deuticke, Wien und Leipzig, 1910.)

Nachdem das Lehrbuch vollendet vorliegt, kann ich nicht anders, als das Gefühl der Enttäuschung und des Mißvergnügens aussprechen über die wenig tiefgehende Art der Darstellung und die geringe wissenschaftliche Förderung, die es bietet. Als Grundriß der Vorlesungen mag das Werk anerkannt werden, nicht aber als Lehrbuch.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Dreizehnter Band. (Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1910.)

Auch in diesem Bande finden wir eine Reihe nicht nur für das Militärrecht, sondern auch für das allgemeine Strafrecht bedeutsamer Entscheidungen. Ich verweise beispielsweise auf S. 180: Hier wird der § 47 des MStGB. näher erörtert, wonach der Untergebene, welcher einen Befehl in Dienstsachen ausübt, vollkommen gedeckt ist, denn er muß nach § 92 ohne weiteres einen solchen Befehl ausführen; nur dann soll er die Ausführung verweigern, wenn er die Überzeugung hat, daß es sich um Verübung eines Verbrechens oder Vergehens handelt. In der Entscheidung S. 121 wird bezüglich des § 193 unseres StGB.s ausgeführt, daß, wer in Vertretung seiner Rechte eine beleidigende Unwahrheit vorbringt, sich dann auf den § 193 beziehen kann, wenn die Behauptung keine leichtfertige war. S. 161 wird folgender eigentümlicher Fall des Betrugversuchs behandelt: ein Soldat hatte unter Vorlegung eines gefälschten Zettels sich ein

Darlehn verschaffen wollen, der andere Teil hatte die Sache durchschaut und ihm aber trotz der Kenntnis des Sachverhaltes ein Darlehn gegeben. Es wurde nichtsdestoweniger Betrugversuch angenommen. S. 172 ist bezüglich des § 140 des MStGB. (Bestechung) ausgeführt, daß die passive Bestechung nicht nur in bezug auf eine künftige, sondern auch in bezug auf eine vergangene Pflichtwidrigkeit erfolgen kann, ein Grundsatz, der auch unserem RStGB. § 332 entspricht.

Otto Mayer. Erörterungen aus der militärstrafrechtlichen Theorie und Praxis. (Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1908.)

Der Verfasser erörtert einige Fragen des Militärstrafrechts und regt dabei an, daß, wenn ein Militär vor dem Militärgericht falsch aussagt, dies zwar disziplinwidrig sein kann, jedoch nicht als ein Delikt nach Maßgabe der §§ 90 und 139 MStGB zu betrachten ist. Meines Erachtens darf die Lüge des Beschuldigten auch nicht als Disziplinwidrigkeit gelten, und auch die Theorie des Reichsgerichts in der Entsch. vom 13. November 1905 (38. S. 208), wonach das Leugnen als ein Grund der Straferschwerung behandelt werden dürfe, ist völlig unstichhaltig; sie steht in offenbarem Widerspruch mit dem modernen Satz: nemo se ipsum accusare tenetur.

Dreiundzwanzigstes Jahrbuch der Gefängnis-Gesellschaft für die Provinz Sachsen und das Herzogtum Anhalt. (Verlag der Gesellschaft, Halle 1907.)

Dieses Heft enthält namentlich eine vorzügliche Ausführung von J. Gonser über Alkohol und Verbrechen.

Die Wirkung des Alkohols auf die Verbrecherwelt ist schrecklich; man vergleiche namentlich die Statistik S. 31. In Amerika sollen 60,3% der Verbrechen, in England 48,7% aller Delikte auf Alkoholmißbrauch zurückzuführen sein. In Frankreich seien unter den Gefangenen 66,4% Trinker, und in Schweden sollen 71,21%, in Holland gar 75—80% wenigstens der männlichen Sträflinge dem Alkohol hingegeben sein.

Zweierlei kommt hier in Betracht; einmal die verheerende ganze Generationen verseuchende Folge der Trunksucht und sodann die Betrunkenheit als Anlaß von Jähzorn, Rauferei und allem, was damit zusammenhängt. Daher die unzähligen Fälle der Körperverletzungen an Sonntags- und Feiertags-Nachmittagen. Der Alkohol ist eine der größten Geißeln der Menschheit.

Georg Stahm. Das Strafrecht der Stadt Dortmund bis zur Mitte des XVI. Jahrhunderts. (Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1910.)

Das Blutrache-System ist schon fast durchgängig in das der öffentlichen Strafen übergegangen. Im übrigen sind die Stadtrechte, welche zu diesem geläuterten Standpunkt gelangt sind, in der Strafübung mehr oder weniger streng. Dortmund gehört zu den strengen. Todesstrafen sind: Hängen, enthaupten, sieden, verbrennen, rädern und lebendig begraben. Dazu findet sich Handabhauen und Augenausstechen. Der abwesende Angeklagte wird friedlos gelegt: er ist des Rechtschutzes bar und verliert auch sein ganzes Vermögen; doch ist letzteres in den späteren Rechten aufgegeben worden. Völkerrechtlich wesentlich sind die Bündnisse verschiedener Städte, wonach der in der einen Stadt Friedlose auch in der anderen Stadt als friedlos betrachtet werden soll.

Arthur Nußbaum. Der Polnaer Ritualmordprozeß. (Druck und Verlag von A. W. Hayns Erben, Berlin, 1906.)

Der Polnaer Ritualmordprozeß wird vom Verfasser einer gründlichen und eingehenden Besprechung, das gerichtliche Urteil einer scharfen Kritik unterworfen.

Wer nur einigermaßen mit dem Rituell der Juden bekannt ist, weiß, daß sie vor nichts mehr zurückschrecken, als vor dem Genusse von Blut; wie oft

wird im Talmud der Blutgenuß als etwas Unheiliges und Verbotenes behandelt. Und die These, als ob man je im Judentum das Blut von Menschen unter die Mazzot gemisch habe, steht im Widerspruch mit der ganzen Lebensanschauung des Volkes Israel.

II. Strafprozeß.

J. Vargha. Das Strafprozeßrecht. (Carl Hermanns Verlag, Berlin, 1907.)

Die Erörterung des Strafprozesses geht von der Annahme des Accusationsprinzips aus, für welche allerdings im österreichischen Recht viel mehr Gründe sprechen als im deutschen. Die Darstellung ist eingehend und klar und enthält eine Reihe allgemein zutreffender Bemerkungen, obgleich das konstruktive Element sehr zurücktritt. Ganz besonders ist bemerkenswert und zutreffend, was S. 170 u. ff. über die Stellung des Verteidigers gesagt ist: mit Recht wird hervorgehoben, daß er nicht etwa, wenn er seinen Klienten im Innern für schuldig hält, damit hervorzutreten hat; er würde sonst, nachdem ihm der Klient alle möglichen Vertraulichkeiten mitgeteilt hat, unter Verrat der Geheimnisse zum schlimmsten Ankläger werden.

Franz Adickes. Zur Verständigung über die Justizreform. (Verlag J. Guttentag, Berlin, 1907.)

Derselbe: Stellung und Tätigkeit des Richters. (Gehestiftung, Dresden, von Jahn und Jänsch, 1906.)

Der Verfasser hat das Verdienst, auf die großen Seiten des englischen Verfahrens hingewiesen zu haben, und es ist zu hoffen, daß nicht nur die Kenntnis des englischen Rechts und Prozesses, welche bisher ganz vernachlässigt war, zunimmt, sondern auch das englische Muster immer mehr Nachahmung findet. Wer die Verhältnisse in englischen Ländern mit offenen Augen ansieht, kann nicht verkennen, wie groß der Vorzug des englischen Gerichtswesens vor dem unsrigen ist; es ist ja begreiflich, daß eine Richtertätigkeit, die von der Zeit Heinrich II. und Eduard I. her sich in ununterbrochener Folge entwickelt hat, ganz anders dem Volksbedürfnis entsprechen muß, als unsere Justizverwaltung, die teilweise von außen eingeführt ist, teilweise auf modernen Experimenten beruht. Mit Recht spricht der Verfasser dem Einzelrichtertum das Wort gegenüber dem ganz übertriebenen Kollegialprinzip unseres Prozesses, und mit Recht hebt er hervor, daß durch Abgabe der zwar notwendigen, aber niedrigeren Konstatierungstätigkeit und anderer Schreibarbeit an untergeordnete Organe der Richterstand bedeutend gehoben werden kann.

Klaus Wagner. Justizgesundung. (Helwingsche Verlagsbuchhandlung, Hannover, 1908.)

Enthält manches richtige und viel verkehrtes und übertriebenes. Unrichtig ist, was über den Determinismus gesagt ist; die Volksanschauung ist durchaus indeterministisch, und jeder Laie, der eine gerechte Strafe mit ansieht, erklärt: der hat es verdient. Von einem Verdienen kann aber nur auf dem Standpunkt des Indeterministen die Rede sein.

Daß den Studierenden in der Rechtsgeschichte zu viel Details geboten wird, mag richtig sein, und richtig ist auch, daß ein Ausschnitt aus der Universal-Rechtsgeschichte, der von dem Ursprunge des Rechts bis an die Neuzeit heranreicht und in einigen markanten Linien die Kulturentwicklung des Rechts darstellt, auf vielen Universitäten nicht gelehrt wird. Richtig ist auch der Satz von der allzu großen Zahl der Richter: denn in der Tat ist eine Besetzung mit 5 oder 7 Richtern vollständig überflüssig, sogar schädlich.

ARCHIV FÜR STRAFRECHT UND STRAFPROZESS.

Begründet durch Dr. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. Bar, Göttingen, Bergmann, Oberlandesgerichtsrat, Geh. Justizrat, Celle, Prof. Dr. Birkmeyer, München, Prof. Dr. v. Calker, Straßburg i. E., Dr. Dorner, Landgerichtspräsident, Karlsruhe, Prof. Dr. Finger, Halle, Dr. Thomas Givanovitsch, Professor, Belgrad. Prof. Dr. Gretener, Breslau, Prof. Dr. Güterbock, Königsberg i. Pr., Prof. Dr. Heilborn, Breslau, Dr. Hübsch, Ministerialdirektor, Karlsruhe, Prof. D. Dr. Kahl, Berlin, Luigi Lucchini, Rom, Prof. Dr. Oetker, Würzburg, Olbricht, Erster Staatsanwalt, Lüneburg, Dr. Olshausen, Senatspräsident am Reichsgericht, Leipzig, Prof. Le Poittevin, Paris, Rotering, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, Prof. Saleilles, Paris, Spangenberg, Oberverwaltungsgerichtsrat, Berlin, Stubenrauch, Kammergerichtsrat, Berlin, Prof. Dr. Vierhaus, Oberlandesgerichts-Präsident, Breslau. Dr. Vogt, Staatsanwalt, Colmar, Prof. Dr. Wach, Leipzig, Prof. Dr. Wachenfeld, Rostock, Prof. Dr. Weiffenbach, Senatspräsident beim Reichs-Militärgericht, Berlin,

unter ständiger Mitarbeiterschaft

von

Dr. Zweigert, Oberreichsanwalt, Leipzig, Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin, Dr. Klee, Staatsanwalt, Privatdozent, Berlin,

herausgegeben von

Prof. Dr. J. KOHLER,
Geheim. Justizrat,
Berlin.

57. Band.



BERLIN 1910.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Manuskriptsendungen und Rezensionsbücher, letztere in **doppelter Anzahl**, werden an **R. v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19, Jerusalemerstraße 56**, erbeten. Eine Rücksendung von Rezensionsbüchern findet nicht statt.

Inhalt des ersten bis dritten Heftes.

Abhandlungen.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

B. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt vom Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.



Oberlandesgericht Breslau.

Oberlandesgericht Celle.

Oberlandesgericht Crefeld.

Oberlandesgericht Dresden.

Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Miszellen.

Gesetzgebung.

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

Begründet durch **Dr. GOLTDAMMER.**

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. Bar, Göttingen, **Bergmann,** Oberlandesgerichtsrat, Geh. Justizrat, Celle, **Prof. Dr. Birkmeyer,** München, **Prof. Dr. v. Calker,** Straßburg i. E., **Dr. Dorner,** Landgerichtspräsident, Karlsruhe, **Prof. Dr. Finger,** Halle, **Dr. Thomas Givanovitsch,** Professor, Belgrad, **Prof. Dr. Gretener,** Breslau, **Prof. Dr. Güterbock,** Königsberg i. Pr., **Prof. Dr. Heilborn,** Breslau, **Dr. Hübsch,** Ministerialdirektor, Karlsruhe, **Prof. D. Dr. Kahl,** Berlin, **Luigi Lucchini,** Rom, **Prof. Dr. Oetker,** Würzburg, **Olbricht,** Erster Staatsanwalt, Lüneburg, **Dr. Olshausen,** Senatspräsident am Reichsgericht, Leipzig, **Prof. Le Poittevin,** Paris, **Rotering,** Landgerichtsdirektor, Magdeburg, **Prof. Saleilles,** Paris, **Spangenberg,** Oberverwaltungsgerichtsrat, Berlin, **Stubenrauch,** Kammergerichtsrat, Berlin, **Prof. Dr. Vierhaus,** Oberlandesgerichts-Präsident, Breslau, **Dr. Vogt,** Staatsanwalt, Colmar, **Prof. Dr. Wach,** Leipzig, **Prof. Dr. Wachenfeld,** Rostock,

unter ständiger Mitarbeiterschaft

von

Dr. Zweigert, Oberreichsanwalt, Leipzig, **Prof. Dr. James Goldschmidt,** Berlin, **Dr. Klee,** Staatsanwalt, Privatdozent, Berlin,

herausgegeben von

Prof. Dr. J. KOHLER,
Geheim. Justizrat,
Berlin.

57. Band. 4.—6. Heft.



BERLIN 1910.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Manuskriptsendungen und Rezensionsbücher, letztere in **doppelter Anzahl**, werden **R. v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19, Jerusalemerstraße 56,** erbeten. Eine Rücksendung von Rezensionsbüchern findet nicht statt.

Inhalt des vierten bis sechsten Heftes.

Abhandlungen.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

B. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

Mitgeteilt von Oberverwaltungsgerichtsrat Spangenberg, Berlin.

C. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

Literatur.

Besprechungen von Josef Kohler.

I. Strafrecht.



Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).




CoLibrì
COVER SYSTEM ®
Made in Italy


05-09 STD
8 032919 990020
www.colibrisystem.com

